



Ophavsmandens loyalitetspligt

Rosenmeier, Morten; Johnsen, Anders Sevel

Published in:
N I R

Publication date:
2021

Document license:
[CC BY-ND](#)

Citation for published version (APA):
Rosenmeier, M., & Johnsen, A. S. (2021). Ophavsmandens loyalitetspligt. *N I R*, 1 2021, 4-42.

Ophavsmandens loyalitetspligt*

*Af advokat Anders Sevel Johnsen og professor,
ph.d. Morten Rosenmeier ***

1. Indledning

En ophavsmand kan overdrage rettighederne til at udnytte sit værk, jf. ophavsretslovens § 53. Ophavsmanden kan desuden – med de modifikationer, som følger af ophavsretslovens §§ 3 og 38 – fastsætte den nærmere udstrækning af rettighedsoverdragelsen. Ofte vil ophavsmanden vælge ikke at overdrage alle sine rettigheder, men nøjes med at overdrage *dele af dem*. Ophavsrettigheder kan eksempelvis opdeles med hensyn til kvantitet, tidsperiode, geografi, udnyttelsesform¹ eller en kombination heraf.² Også andre rettighedshavere, som har rettigheder efter ophavsretsloven, f.eks. udøvende kunstnere, producenter eller tv-selskaber, kan overdrage deres rettigheder helt eller delvist.

De udnyttelsesrettigheder, som ophavsmanden ifølge aftalen ikke overdrager, har han selv bevaret,³ og han kan som udgangspunkt udnytte dem, herunder ved at overdrage dem til andre erhververe.

Ophavsmandens frie udnyttelse af sine rettigheder kan dog være begrænset af forskellige regler. Det kan eksempelvis være i strid med straffeloven, persondataloven og markedsføringsloven, hvis ophavsmanden råder eller tillader andre at råde over værker, der indebærer henholdsvis injurier, røbelse af

* Artiklen er fagfællebedømt (peer review).

** Anders Sevel Johnsen er advokat i Dansk Journalistforbund, der er fagforeningen inden for journalistik, medier og kommunikation. Han arbejder navnlig med medlemsrådgivning og interessevaretagelse omkring ophavsret, medieret og kollektiv forvaltning af rettighedsmidler. Se nærmere <https://journalistforbundet.dk/medarbejder/anders-sevel-johnsen>. Morten Rosenmeier er professor i ophavsret ved Københavns Universitet, Det Juridiske Fakultet, Center for Informations- og Innovationsret (CIIR) og udfører herudover forskelligt ophavsretligt organisationsarbejde, bl.a. som formand for Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) under hovedorganisationen Akademikerne. UBVA varetager de ophavsretlige interesser for ophavsmænd med akademisk uddannelse, herunder forfattere. Desuden er han UBVA's repræsentant i (og i visse tilfælde formand for) bestyrelserne for nogle af de ophavsretlige forvaltningsorganisationer, der omtales i artiklens afsnit 9. Se nærmere www.jura.ku.dk/morten-rosenmeier.

¹ Udnyttelsesform kan eksempelvis være fysisk eksemplar fremstilling, filmatisering eller tilrådighedstilstand på en hjemmeside.

² Se nærmere om den måde, rettigheder kan opdeles på, i *Blomqvist*, Overdragelse af ophavsrettigheder, Kbh. 1987, s. 74 ff. og *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, Kbh. 2018, s. 612.

³ De bevarede rettigheder kan senere suppleres ved, at ophavsmanden ”hjemtager” uudnyttede rettigheder i overensstemmelse med ophavsretslovens § 54. Læs mere om § 54 i *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, Kbh. 2016.

følsomme personoplysninger eller erhvervshemmeligheder. Det sker også, at ophavsmandens udnyttelse af egne rettigheder er begrænset af *andres ophavsrettigheder*. Det er f.eks. tilfældet, hvis det værk, som ophavsmanden overdrager rettigheder til, er en bearbejdelse af et andet værk, som en anden har ophavsret til, jf. ophavsretslovens § 4, stk. 1, sidste led.

Desuden kan en ophavsmand, der har overdraget visse rettigheder til en erhverver, være afskåret fra at råde over de ikke-overdragne dele af ophavsretten som følge af en *loyalitetspligt* over for erhververen. Ophavsmandens loyalitetspligt over for erhververen kan i nogle tilfælde også hindre ophavsmanden i at råde over *andre værker* end dem, erhververen har fået ret til.

Denne artikel vil behandle de begrænsninger i ophavsmænds muligheder for at udnytte deres ophavsrettigheder, som følger af deres loyalitetspligt over for erhververe, som de har overdraget ophavsrettigheder til.⁴

2. Terminologi

I analyserne senere i artiklen kaldes den, der overdrager rettigheder til andre, for *ophavsmanden*. Efter gængs terminologi er en ophavsmand en person, der har skabt et værk beskyttet efter reglerne i ophavsretslovens kapitel 1. Analyserne har dog også relevans i tilfælde, hvor overdrageren ikke er en egentlig ophavsmand, men en indehaver af en naboretting efter ophavsretslovens kapitel 5, f.eks. en udøvende kunstner (§ 65) eller en filmproducent (§ 67).

For nemheds skyld tager drøftelserne udgangspunkt i situationer, hvor der kun er én ophavsmand, og hvor denne overdrager sine rettigheder til én erhverver. Analyserne i artiklen har dog også gyldighed i tilfælde, hvor en anden rettighedshaver end selve ophavsmanden overdrager rettighederne til en erhverver, f.eks. hvis et tv-produktionsselskab, der har fået overdraget rettigheder fra en række ophavsmænd, videreoverdrager dem til en medievirksomhed. Herudover vil analyserne også have relevans i mere komplekse tilfælde, hvor der er flere ophavsmænd, flere erhververe eller begge dele.

3. Hvad er loyalitetspligt?

3.1. Hvilke regler følger loyalitetspligten af?

Det er et basalt princip, at kontraktsparter ikke alene har pligt til at præstere den aftalte ydelse, men også til at udvise en rimeligt hensynsfuld adfærd over for hinanden.⁵ Loyalitetspligten har efter traditionel obligationsretlig terminologi karakter af en *biforpligtelse*, forskellig fra pligten til at præstere den aftalte

⁴ Artiklen behandler ikke, i hvilket omfang erhververen har loyalitetspligt over for ophavsmanden. Se om det *Rosén, Förlagsrätt*, Stockholm 1989 s. 447 og *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, Kbh. 2018 s. 620 og 641. Fra norsk ret se den såkaldte "Ordbok-dom", NRT 1936 909.

⁵ Se eksempelvis *Bryde Andersen/Lookofsky*, Lærebog i Obligationsret I, Kbh. 2015 s. 69 ff., *Gomard*, Obligationsret 1. del, Kbh. 2006 s. 48 ff. og *Madsen*, UfR 1982B s. 165 ff. Se også *Schovsbo*, Immaterialretsaftaler, Kbh. 2001 s. 39 ff. og *Borcher/Bøggild*, Markedsføringsloven, Kbh. 2013 s. 115 ff.

hovedydelse.⁶ Loyalitetspligten viser sig i praksis på mange måder. Det er bl.a. et grundprincip, at kontraktsparter har en rimelig pligt til at afstå fra adfærd, der modarbejder modpartens mulighed for at høste aftalens frugter. Loyalitetspligtsbegrebet kan i øvrigt ofte både opfattes som samlebetegnelse for alle de biforpligtelser, der gælder i et aftaleforhold, og som sigtende til en mere selvstændig pligt med eget indhold.⁷

Fra en obligationsretlig synsvinkel må man se de biforpligtelser, der påhviler kontraktsparter, for at være en – evt. stiltiende vedtaget – *del af aftalen*. Det er dog vigtigt at være opmærksom på, at den obligationsretlige loyalitetspligt, der kan udledes af aftaler, ofte suppleres af loyalitetsforpligtelser, som muligvis ikke direkte udleder deres gyldighed af aftalen, men snarere af andre regler, herunder markedsføringsretten mv. Efter markedsføringslovens §§ 3–4 skal erhvervsdrivende f.eks. udvise god erhvervsskik, og efter § 12 kan det ved bekendtgørelse bestemmes, at visse produkter skal være mærket med oplysninger om holdbarhed mm. De loyalitetspligter, som disse bestemmelser medfører, fremstår dermed som markedsføringsretlige snarere end obligationsretlige. På samme måde kan det være tvivlsomt, om den loyalitetspligt, der påhviler ansatte personer over for arbejdsgiveren, skal ses som en obligationsretlig forpligtelse, der kan udledes af ansættelsesaftalen, eller snarere som en mere selvstændig ansættelsesretlig forpligtelse.⁸ Tilsvarende kan det være vanskeligt at afgøre, om de retspolitiske overvejelser, der ligger bag loyalitetsforpligtelser, skal rubriceres som vedrørende obligationsret, markedsføringsret eller noget tredje.⁹

I denne artikel fokuseres på den loyalitetspligt, som påhviler ophavsmænd, der overdrager eller har overdraget visse rettigheder til en erhverver, og som påvirker deres mulighed for selv at udnytte ikke-overdragne rettigheder. Den begrebsmæssige rubricering anses ikke for afgørende.¹⁰

⁶ Om sondringen mellem hoved- og biforpligtelser se *Gomard*, *Obligationsret I*, Kbh. 2006 s. 48 ff. Kritisk over for sondringen *Bryde Andersen/Lookofsky*, *Lærebog i obligationsret I*, Kbh. 2015 s. 40 f.

⁷ Se nærmere bl.a. *Videbæk Munkholm*, *Loyalitet i arbejdsretlige relationer*, Kbh. 2016 s. 500.

⁸ Se nærmere om den historiske udvikling af loyalitetspligt i ansættelsesforhold til en selvstændig disciplin i *Videbæk Munkholm*, *Loyalitet i arbejdsretlige relationer*, Kbh. 2016 s. 236 ff.

⁹ Om forholdet mellem den obligationsretlige og markedsføringsretlige loyalitetspligt se udførligt *Madsen*, *Markedsret 2*, Kbh. 2019 s. 336 ff. — Efter ophavsretslovens § 54 kan ophavsmænd trække rettigheder, der er overdraget til en erhverver, tilbage, hvis erhververen ikke har udnyttet dem inden for visse frister, men loyalitetspligten kan sætte visse grænser for ophavsmandens mulighed for selv at udnytte de hjemtagne rettigheder. I betænkning nr. 1197/1990 s. 227 anses disse begrænsninger for at skyldes almindelige kontrakts- og konkurrenceretlige grundsætninger. Se også bemærkningerne til lov nr. 231 af 8. april 2008, der reviderede tilbagefaldretten. Her henvises til konkurrenceretlige grundsætninger. Se videre UfR 1960.1042 H, hvor Højesteret i sine præmisser henviste både til kontraktlige og markedsføringsretlige (loyalitäts-)forpligtelser.

¹⁰ Om den juridiske karakter af ophavsmænds loyalitetspligt se bl.a. *Rosén*, *Förlagsrätt*, Stockholm 1989 s. 392 ff.

3.2. Loyalitetspligt på forskellige kontraheringsstadier. Ansættelsesforhold

Der kan i øvrigt påhvile kontraktsparter en loyalitetspligt, både før et kontraktsforhold er etableret, mens kontraktsforholdet består, og efter kontraktsforholdet er ophørt.

Før aftaleforholdet er gyldigt etableret, kan parterne blive bundet af en loyalitetsforpligtelse *opstået under kontraktforhandlingerne*. Det er ikke mindst relevant i tilfælde, hvor forhandlingerne ikke fører til noget, og hvor en aftale ikke bliver indgået. Loyalitetspligter vil her kunne begrænse parternes mulighed for at udnytte oplysninger, som er kommet dem til kundskab under forhandlingerne.¹¹

Efter at aftalen er indgået, og mens kontraktsforholdet består, betyder loyalitetspligten, at aftaleparterne i vidt omfang er afskåret fra at gøre noget, der udhuler modpartens mulighed for at nyde godt af aftalen, herunder ved at udøve *konkurrerende virksomhed*.¹²

Det antages herudover, at der *efter aftalens ophør* gælder en vis, mere afdæmpet loyalitetspligt, som bl.a. giver sig udslag i, at bedømmelsen af god markedsføringsskik mellem parterne i visse tilfælde skærpes i forhold til f.eks. udnyttelse af idéer og produktefterligninger.¹³ Tanken om, at et aftaleforhold først ”består” og derefter ”ophører”, er dog kun rigtig meningsfuld i relation til løbende aftaleforhold, hvor parterne, i stedet for at udveksle deres respektive ydelser én gang for alle, udveksler dem løbende over et tidsrum. Som eksempel kan nævnes abonnementsaftaler, ansættelsesaftaler eller aftaler om, at en part skal yde konsulentbistand i forhold til den anden part i en bestemt periode eller indtil videre. Ophavsretsaftaler kan godt være løbende, f.eks. hvis en grafiker aftaler med et firma at levere grafiske løsninger mod en fast månedlig betaling, eller hvis en ansat ophavsmand løbende leverer beskyttet stof til arbejdsgiveren. Der er dog også mange aftaler om overdragelse af ophavsret, der går ud på, at ophavsmanden overdrager en ret til en anden en gang for alle, f.eks. hvis en forfatter overdrager retten til udgivelse af et manuskript til et forlag, eller hvis en udøvende kunstner overdrager retten til udgivelse af en enkelt plade til et pladeselskab. I den slags tilfælde giver det dårligt mening at tale om, at aftaleforholdet først ”består”, derefter ”ophører”. Artiklen her behandler, i hvilket omfang der påhviler overdragere af ophavsret en loyalitetspligt over for erhververen uden at sondre mellem tilfælde, hvor loyalitetspligten består under aftaleforholdet eller snarere efter dets ophør. Artiklens analyser tilsigter derfor at have relevans i forbindelse med alle aftaler om overdragelse om ophavsret, uanset om der er tale om løbende eller andre kontraktsforhold.

Der består særlige loyalitetspligter i *ansættelsesforhold*. Det antages således, at ansættelsesforholdets særlige karakter indebærer, at loyalitetspligten får et

¹¹ Jf. *Madsen*, *Markedsret 2*, Kbh. 2019 s. 338 f. Se også *Koktvedgaard*, *Immateriaretspositioner*, Kbh. 1965 s. 275 f.

¹² Jf. *Madsen*, *Markedsret 2*, Kbh. 2019 s. 348 ff.

¹³ Se *Madsen*, *Markedsret 2*, Kbh. 2019 s. 357 ff.

stærkere indhold end mellem andre typer af aftaleparter,¹⁴ og at denne stærkere loyalitetspligt består frem til ansættelsesforholdets ophør.¹⁵ Derefter er den tidligere ansatte forpligtet til at afstå fra konkurrerende handlinger, som på grov, utilbørlig eller urimelig vis udnytter den tidligere arbejdsgiver eller ansættelsesforholdet.¹⁶

Denne artikels analyser tilsigter at have relevans i relation til alle tilfælde af overdragelser, uanset om ophavsmanden er ansat eller ej. I det omfang spørgsmålet vil have særlig betydning for analysen, vil dette blive fremhævet.

3.3. Loyalitetspligters indhold

3.3.1. Generelt

Det varierer i øvrigt, hvad loyalitetspligter nærmere går ud på. Loyalitetsforpligtelser kan således både medføre f.eks. reklamationspligt, oplysningspligt, omsorgspligt, samarbejdspligt og pligt til ikke at udsætte modparten for konkurrence. I visse tilfælde vil en bestemt illoyal adfærd kunne være i strid med flere former for loyalitetspligt.

Eksempel 1: En forfatter har skrevet en bog og har allerede med en vis succes påbegyndt en selvudgivelse af bogen som e-bog. Forfatteren ønsker også bogen distribueret på tryk via boghandlere. Han indgår derfor en aftale med et forlag om udgivelse af bogen i trykt form, men undlader under forhandlingerne om forlagsaftalen at oplyse forlaget om sin egen igangværende digitale udnyttelse af bogen. Forfatteren har her forbrudt sig mod flere dele af loyalitetspligten: Dels har han formentlig misligholdt en almindelig loyal oplysningspligt ved ikke at oplyse om sin konkurrerende udnyttelse.¹⁷ Og dels har han forbrudt sig mod et alment princip om, at en kontraktspart ikke må udvise en adfærd, der mindsker modpartens mulighed for at nyde godt af aftalen, jf. nærmere nedenfor.

De to forpligtelser hænger i dette tilfælde også sådan sammen, at havde ophavsmanden loyalt oplyst om den konkurrerende udnyttelse inden indgåelsen af aftalen, ville erhververen ikke senere kunne gøre gældende, at udnyttelsen var strid med ophavsmandens loyalitetspligt.¹⁸

Ved ophavsmænds overdragelser af rettigheder til andre vil den loyalitetspligt, der har størst betydning, normalt dreje sig om, at ophavsmændene skal afstå fra adfærd, der udsætter modparten for konkurrence. Det er denne type loyalitetspligt, der fokuseres på i resten af artiklen. Derimod behandles andre

¹⁴ Se *Videbæk Munkholm*, Loyalitet i arbejdsretlige relationer, Kbh. 2016 s. 248 ff. med henvisninger og *Høyer Jørgensen*, Ansattes konkurrencehandlinger, Kbh. 2010 s. 61 og 114.

¹⁵ Det er tvivlsomt, om den ansættelsesretlige loyalitetspligt i de tilfælde, hvor arbejdsgiveren berettiget bortviser den ansatte, består i den stipulerede opsigelsesperiode. Se nærmere *Høyer Jørgensen*, anf. bog s. 62 f.

¹⁶ Jf. *Poulsen*, Loyalitetspligt og erhvervsforbud, Kbh. 1991 s. 66 og *Schioldann*, Funktionær og lønmodtager, Kbh. 2006 s. 278 ff.

¹⁷ Se UfR 1964.221 H.

¹⁸ Se UfR 1997.571 S om sammenhængen mellem oplysningspligt og loyalitetspligt. Se om spørgsmålet også *Rosén*, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 428 f. med henvisninger.

typer af loyalitetspligter, som ophavsmanden måtte påtage sig over for erhververen, ikke.

Visse overdragelsesaftaler nævner udtrykkeligt, at ophavsmanden har loyalitetspligt, og definerer, hvad den går ud på. Nogle aftaler kodificerer bare, hvad der allerede gælder i forvejen.¹⁹ Andre aftaler kan evt. medføre en udvidelse eller en indskrænkning af den loyalitetspligt, der gælder uden aftale.

I artiklen her fokuseres der på den loyalitetspligt, der gælder, hvis ikke andet er aftalt.

3.3.2. Loyalitetspligt i aftaler om ophavsretsoverdragelse

En ophavsmand, der overdrager ophavsrettigheder til en erhverver, påtager sig altså en loyalitetspligt over for vedkommende. Spørgsmålet er, hvad der helt præcis ligger i det. I litteraturen bliver den overordnede retlige norm ofte beskrevet således, at ophavsmanden ikke må påføre sin erhverver *konkurrence* i forhold til de udnyttelser, som erhververen iværksætter på baggrund af overdragelsen.²⁰ Terminologien findes også i den ledende danske dom på området, UfR 1982.4 H. I dommen nåede Højesteret frem til, at en forfatter, der havde udgivet en bog på et forlag, var afskåret fra at udgive en bog om samme emne på et andet forlag, fordi det påførte forlag nr. 1 ”*ubillig konkurrence*”. Konkurrence-terminologien rammer givetvis noget centralt. Der kan dog nok forekomme tilfælde, hvor den ikke er helt dækkende for, hvilke udnyttelser loyalitetspligten beskytter erhververen mod.

Eksempel 2: En freelancejournalist har solgt en artikel om en stor dansk kommerciel virksomhed til en landsdækkende mediekoncern. Mediekoncernen har erhvervet ret til at bringe artiklen i trykt form én gang i ét af dens dagblade. Parterne har ikke aftalt eksklusivitet. Freelancejournalisten giver samtidig den virksomhed, der er omtalt i artiklen, ret til at bringe artiklen på sin hjemmeside. Det er her åbenbart, at freelancejournalistens senere overdragelse til den i artiklen omtalte virksomhed ikke påfører mediekoncernen nogen ”konkurrence” i snæver forstand. Anvendelsen af artiklen i kommerciel sammenhæng tidsmæssigt tæt på den oprindelige udnyttelse kan dog svække dagbladets redaktionelle troværdighed. Dels kan læserne sætte spørgsmål ved dagbladets integritet, når redaktionelle artikler bruges på en måde, der leder tanken hen på reklame, og dels kan deres betalingsvillighed svækkes, når dagbladets artikler kan læses gratis på nettet. Værdien af artiklen for

¹⁹ Jf. f.eks. den vejledende modelaftale om videnskabelig og populærvidenskabelig litteratur udgivet af Dansk Forfatterforening, Forlæggerforeningen og Akademikernes Udvalg til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) i 2010 og bl.a. tilgængelig på www.ubva.dk under ”Vejledende aftaler” § 15. (Aftalen kaldes ofte ”UBVA-aftalen”). Under overskriften ”Loyalitetspligt” hedder det her, at ”I det omfang det direkte konkurrerer med forlagets rettigheder, må forfatteren ikke uden forlagets tilladelse offentliggøre værket i uændret form i sin helhed eller for en større dels vedkommende, herunder i dagblade, tidsskrifter, på digitale netværk mv. Forfatteren må heller ikke udgive et andet værk, der direkte konkurrerer med det værk, denne aftale vedrører, og underminerer forlagets muligheder for at afsætte det.”

²⁰ Se eksempelvis *Schonning*, Ophavsretsloven med kommentarer Kbh. 2016 s. 531, *Lund*, Ophavsret, Kbh. 1961 s. 194. Se også *Knoph*, Åndsretten, Oslo 1936 s. 144. Konkurrence-terminologien findes også i en række forlagsaftaler, der udtrykkeligt nævner loyalitetspligten. Se f.eks. UBVA-aftalens § 15, citeret ovenfor note 19.

dagbladet forringes således. Det er derfor nærliggende at argumentere for, at dagbladet har en berettiget interesse i at kunne forhindre denne type salg med henvisning til journalistens loyalitetspligt.

Koktvedgaard anfører et andet eksempel, hvor en køber af et værk, der har karakter af et unikum, i et vist omfang kan se sig beskyttet mod, at ophavsmanden ”gentager sig selv eller på en anden måde foranstalter en mangfoldiggørelse, der tilintetgør den solgte genstands karakter af at være enestående”.²¹ Unikum-køberen i Koktvedgaards eksempel mister således noget af det enestående ved sit værk, på samme måde som dagbladets integritet mindskes i eksempel 2. Derimod er der ikke tale om, at erhververen påføres ”konkurrence” i traditionel forstand.

I stedet for at bruge en konkurrenceterminologi er det derfor nok mere præcist at beskrive ophavsmandens loyalitetspligt som en regel om, at *ophavsmanden skal afstå fra handlinger, som forringer værdien af de rettigheder, der er overdraget til erhververen*.²² Denne norm kan både rumme de egentligt konkurrerende handlinger, men også andre handlinger som forringer værdien af de rettigheder, der er overdraget til erhververen. Den forståelse af loyalitetsbegrebet lægges til grund i det følgende.

²¹ Koktvedgaard, Immaterialretspositioner, Kbh. 1965 s. 285.

²² Jf. bl.a. Koktvedgaard, Immaterialretspositioner, Kbh. 1965 s. 282 (”Han må navnlig ikke udfolde en sådan konkurrerende virksomhed, at erhververens retsposition bliver mindre værd i økonomisk henseende”, forf.s udhævnning), Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, Immaterialret, Kbh. 2018 s. 619 f. (”I forbindelse med ophavsretsaftaler betyder ophavsmandens loyalitetspligt, at han ikke selv kan udnytte de dele af ophavsretten, han ikke har overdraget, hvis han så gør erhververens ret mindre værd i økonomisk henseende”). Se til emnet også Rosén, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 399, 403, 428, 443 og 446. I tysk ret er spørgsmålet om forfattere og komponisters undladelsesforpligtelser over for forlag udtrykkeligt adresseret i Gesetz über das Verlagsrecht § 2. Det hedder her, at ophavsmanden er forpligtet til at afstå fra eksemplar-fremstilling og spredning, som ville være en ophavsretskrænkelser, hvis det var tredjemand, der havde stået for dem. Dog bevarer ophavsmanden retten til en række nærmere opregnede udnyttelsesformer (oversættelse, omformning af prosa til drama og omvendt, musikalske bearbejdelser, filmatisering mv.). Herudover antages der i særlige tilfælde at kunne påhvile ophavs-mænd en mere almen ”Treuepflicht”, der afskærer dem fra illoyal adfærd over for modparten. Den ledende dom er BGH GRUR 1973 426 – ”Medizin-Duden”. Forlaget bag et opslagsværk med lægelige udtryk, indeholdende 30.000 opslagsord og rettet mod lægeligt personale, medicinstuderende og fagligt interesserede lægfolk, skred her ind over for forfatterens udgivelse af et lignende opslagsværk med ca. 14.000 stikord, henvendt til ”alle”. Den tyske højesteret udtalte i den forbindelse, at forfatteren skal afstå fra adfærd, der skader forlæggerens værks-udnyttelse, hvilket i mangel af aftale normalt vil indebære, at værk nr. 1 og 2 skal behandle samme genstand og henvende sig til samme aftagerkreds, ligesom værk 2 skal være egnet til at påføre værk 1 alvorlig konkurrence. Om loyalitetspligt i tysk ret se udførligt bl.a. Schrickler (red.), Verlagsrecht, München 2001, kommentaren til § 2, og Gottschalk, ZUM 2005 s. 359 ff. Om ældre tysk ret se bl.a. Strömholm, La concurrence entre l’auteur d’une œuvre de l’esprit et le cessionnaire d’un droit d’exploitation, Stockholm 1969 s. 19 ff. Fra praksis vedr. den nævnte § 2 se bl.a. BGH GRUR 1960 636 – ”Kommentar”. Her bevirkede bestemmelsen, at forfatteren til en juridisk kommentar til en traktat var afskåret fra at udgive en ny kommentar vedr. den anden traktat, der havde afløst den første, fordi kommentar nr. 2 var udtryk for en bearbejdelse, og ingen fri benyttelse, af kommentar nr. 1.

4. Ophavsretskrænkelser eller tilsidesættelse af loyalitetspligten?

Overdragelser af ophavsrettigheder kan skrues sammen på forskellige måder. Visse overdragelser går ud på, at erhververen skal have mulighed for at udnytte værket på visse måder uden at få nogen eneret til det. Som eksempel kan nævnes, hvis en fotograf giver nogen lov til at lægge et fotografi, som fotografen har taget, på Facebook, men uden at meningen er, at vedkommende skal have en juridisk eneret til fotografiet. Den form for overdragelser kaldes ”simple overdragelser”.

Andre overdragelser går ud på, at erhververen skal have en egentlig eneret til at udnytte stoffet, dvs. ret til at forbyde andre at råde over det. Som eksempel kan nævnes, hvis en forfatter giver et forlag eneret til at udgive sin bog, eller hvis en dramatiker giver et teater eneret til at opføre et stykke. I den slags tilfælde siges der at være tale om ”eksklusive overdragelser”.²³ Uanset om der er tale om simple eller eksklusive overdragelser, behøver overdragelsen ikke angå alle dele af ophavsretten. Det er tværtimod sædvanligt, at ophavsmanden nøjes med at overdrage dele af ophavsretten, mens han selv beholder resten, eller at han overdrager forskellige dele af ophavsretten til forskellige erhververe. Se ovenfor under punkt 1.

Som behandlet i artiklen her vil ophavsmænd, der udhuler værdien af rettigheder, som de har overdraget, ofte overtræde en loyalitetspligt. I visse situationer kan forholdet imidlertid være det, at ophavsmandens adfærd, ud over at stride mod loyalitetspligten, også synes at indebære et indgreb i den eneret, som vedkommende har overdraget til modparten.

Eksempel 3: En kunstner giver et museum eksklusiv ret til i Danmark at vise nogle af sine litografier på museets faste udstilling. Efter en tid udstiller kunstneren nogle identiske litografier på en anden udstilling. Det vil være i strid med kunstnerens loyalitetspligt. Spørgsmålet er, om det også kan være en krænkelse af den eksklusive udnyttelsesret, han har overdraget til museet.

Om ophavsmandens adfærd, ud over at stride mod loyalitetspligten, også krænker den eneret, han har overdraget til erhververen, er væsentligt, fordi der er forskel mht. sanktionsmulighederne: Overtrædelser af loyalitetspligten er et kontraktsbrud, som kan udløse misligholdelsesbeføjelser, herunder erstatning mv. Ophavsmandens krænkelse af en overdraget eneret, derimod, er en ophavsretskrænkelser, som kan udløse de sanktioner, der fremgår af ophavsretslovens kapitel 7, herunder straf, godtgørelse mm. Om der er tale om en krænkelse af loyalitetspligten, den overdragne eneret eller begge dele, er derfor både principielt og praktisk betydningsfuldt.

Spørgsmålet kan give anledning til tvivl i flere henseender.

²³ Om sondringen mellem simple og eksklusive overdragelse se nærmere f.eks. *Blomqvist*, Overdragelser af ophavsrettigheder, Kbh. 1987 s. 82 ff., *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, Kbh. 2018 s. 612 f., *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, Kbh. 2016 s. 529 og *Madsen*, Markedsret 3, Kbh. 2020 s. 127 f.

For det første kan man helt overordnet og principielt spørge, om det virkelig kan være rigtigt, at en ophavsmand nogensinde kan krænke en ophavsret, der er opstået hos ham selv og siden overdraget. Spørgsmålet er en underafdeling af større spørgsmål om, i hvilket omfang misligholdelse af immaterialretsaftaler indebærer immaterialretskrænkelser eller kun kontraktskrænkelser. Det spørgsmål er ikke kun relevant for, i hvilket omfang overdragere af immaterialrettigheder kan krænke de rettigheder, de selv har overdraget til erhververe. Det er også relevant i det omvendte tilfælde, hvor en erhverver af en immaterialret på en eller anden måde har misligholdt overdragelsesaftalen, og hvor spørgsmålet er, om erhververen dermed ikke alene har gjort sig skyldig i kontraktsbrud over for overdrageren, men også i immaterialretskrænkelse. Den herskende opfattelse er, at misligholdelse af immaterialretsaftaler fra nogen af parternes side ikke alene kan være et kontraktsbrud, men også udgøre en immaterialretskrænkelse. Det er i overensstemmelse med det en udbredt antagelse, at ophavsmænd, der handler i strid med de enerettigheder, de har overdraget til en erhverver, derfor kan gøre sig skyldige i ophavsretskrænkelser.²⁴ Det er på samme måde almindeligt antaget, at erhververe, der misligholder immaterialrets-overdragelsesaftaler, kan gøre sig skyldige i immaterialretskrænkelser, hvis der er sket overtrædelse af væsentlige vilkår i aftalerne.²⁵ Denne opfattelse er ekspliciteret i varemærkeretten, designretten og i forordningen om plantesortsbeskyttelse, der alle har regler om, at licenstageres misligholdelse af væsentlige kontraktsvilkår kan være en immaterialretskrænkelse.²⁶ Ikke desto mindre argumenteres der i *Schovsbo/Riis*, NIR 2018 s. 5 ff. udførligt for, at licensgivere kun skal kunne få misligholdende licenstagere dømt for immaterialretskrænkelse, hvis der er udtrykkelig hjemmel for det sådan som efter de i note 26 nævnte regler. I ophavsretten mener forf., at der kun er en sådan hjemmel, når erhververe videreoverdrager rettigheder i strid med ophavsretslovens § 56, men ellers ikke. Til støtte for disse antagelser anfører forf. bl.a., at retsforholdet ellers forrykkes urimeligt til licensgiverens fordel mv. Det synspunkt er vel principielt genbrugeligt i tilfælde, hvor det er erhververen, der vil rejse krav over for ophavsmanden. Hvis man vil følge forf.s synspunkt, må man vel derfor antage, at ophavsmænd ikke kan krænke de rettigheder, de selv har overdraget til en erhverver.

²⁴ Jf. f.eks. *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, Kbh. 2018 s. 620, *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, Kbh. 2016 s. 531, *Hartvig Jacobsen*, Ophavsretten, Kbh. 1941 s. 221, *Lund*, Ophavsret, Kbh. 1961 s. 194. Sml. lidt mere forbeholdent *Koktvedgaard*, Immaterialretspositioner, Kbh. 1965 s. 283 f., hvor forf. anbefaler, at resultatet forbeholdes de ”klare tilfælde”, og at man ellers skal bruge reglerne om kontraktskrænkelser. I ophavsretsloven af 1961 havde det i teksten hævdede resultat, for så vidt angår forlagsaftaler, formentlig direkte hjemmel i lovens § 39, stk. 1. Det hed her, at ”Før det eller de aftalte oplag er udsolgt, kan ophavsmanden ikke selv udgive værket eller lade det udgive i den form eller på den måde, som aftalen angiver”. Se om bestemmelsen *Lund*, anf. værk s. 230 f. Om den svenske pendant til § 39 se *Rosén*, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 407 ff.

²⁵ Se nærmere litteraturgennemgangen i *Schovsbo/Riis*, NIR 2018 s. 8 ff.

²⁶ Jf. varemærkelovens § 38 b, varemærkedirektivets art. 25, stk. 2, varemærkeforordningens art. 25, stk. 2, designforordningens art. 32, stk. 2, og forordning 2100/94 art. 27, stk. 2. Se nærmere *Schovsbo/Riis*, NIR 2018 s. 13 ff.

Vi er dog ikke enige i det resultat. For det første kan vi dårligt se, at rettighedshavere, der påberåber sig immaterialrettigheder over for kontraktsparter, dermed får en urimelig fordel. Man får jo kun immaterialrettigheder, når en række særlige beskyttelsesbetingelser er opfyldt. Disse betingelser er vedtaget af lovgivningsmagten på baggrund af konventioner og EU-direktiver. Reglerne bæres af grundige overvejelser, herunder at det medfører hensigtsmæssige samfundsmæssige incitamenter at udstyre rettighedshavere med immaterialrettigheder, som kan overdrages. Vi kan derfor vanskeligt følge forf. i, at det indebærer en urimelig forrykkelse af et kontraktsforhold, at en rettighedshaver påberåber sig en immaterialret over for en kontraktspart.

Herudover vil en regel om, at kontraktsparter ikke skulle kunne påberåbe sig deres ophavsrettigheder over for hinanden, reelt have karakter af en ophavsretlig undtagelse. Ophavsretlige undtagelser skal imidlertid have hjemmel i infosoc.-direktivet eller andetsteds i EU-retten. Det kan vi ikke se, at en undtagelse som den af forf. hævdede har.

Endelig har EU-Domstolen nu udtalt i C-666/18 af 18.12.2019 (IT Development), at licenstagere, der misligholder overdragelsesaftaler vedr. ophavsret til computerprogrammer, gør sig skyldige i immaterialretskrænkelser og derfor skal kunne mødes med sanktionerne i retshåndhævelsesdirektivet. Dommen hviler på argumentation, som ikke specifikt har relevans for programområdet, og dens resultat vil derfor givetvis også gælde i relation til ophavsretsoverdragelser vedr. andre værker end computerprogrammer.

I NIR 2020 s. 436 ff., jf. s. 444, fastholder forf. ikke desto mindre, at ophavsmænd kun bør kunne møde misligholdende licenstagere med ophavsretlige sanktioner på de vilkår, der beskrives i artiklen fra 2018. Det er vi ikke enige i af de grunde, der beskrives ovenfor. Og efter vores opfattelse er der ikke nogen reel tvivl om, at ophavsmænd, der krænker de enerettigheder, de har overdraget til erhververe, dermed kan gøre sig skyldige i ophavsretskrænkelser.

Spørgsmålet er så, hvornår de gør det. Det er det ikke altid let at svare på. Om en ophavsmand, der udnytter ikke-overdragne rettigheder, overtræder de eksklusive beføjelser, som han har overdraget til modparten, kan nemlig tit være meget tvivlsomt. Bl.a. er der mange aftaler, der ikke udtrykkeligt kommer ind på, om der skal være tale om eksklusive eller simple overdragelser. Det gælder bl.a. i mange ansættelsesforhold, hvor aftalegrundlaget ikke indeholder udtrykkelige bestemmelser om ophavsret, og hvor det kan være tvivlsomt, i hvilket nærmere omfang den rettighedsoverdragelse, der så vil følge af deklatoriske regler om ophavsret i ansættelsesforhold, er simpel eller eksklusiv.²⁷

I tilfælde, hvor der er tale om en eksklusiv overdragelse, kan det herudover skabe tvivl, om de konkurrerende handlinger, som ophavsmanden har udført, overhovedet har en karakter, så de strider mod den overdragne eneret. Om det er tilfældet, er et selvstændigt fortolkningsspørgsmål. Den såkaldte ”specialitetsgrundsætning” i ophavsretslovens § 53, stk. 3 – dvs. et grundprin-

²⁷ Om ansattes ophavsrettigheder se bl.a. *Brinck-Jensen/Rosenmeier/Schovsbo/Sommer*, *Ansattes immaterielle rettigheder*, Kbh. 2013 kapitel II og *Hasselbalch/Rosenmeier*, *UfR* 2013 B s. 293 ff.

cip om, at aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder som udgangspunkt skal fortolkes til gavn for overdrageren²⁸ – vil her trække i retning af en snæver afgrænsning af, hvor langt erhververens eneret rækker.²⁹ Men spørgsmålet er tvivlsomt. Det er bl.a. et spørgsmål, om den eneret, som ophavsmanden måtte have overdraget til en erhverver, kan gøre det muligt for erhververen at skride ind i tilfælde, hvor ophavsmanden disponerer over beskyttede værker, som *minder om* dem, han har overdraget eneret til, uden at være identiske med dem. Spørgsmålet må selvfølgelig afhænge af en fortolkning af kontrakten mellem ophavsmanden og erhververen. Men problemet er, hvad der gælder, hvis ikke kontrakten siger noget klart om det.

Eksempel 4: En kunstner giver et museum eksklusiv ret til i Danmark at vise en række litografier på museets faste udstilling. Efter en tid udstiller kunstneren selv nogle litografier, der minder om dem, museet har fået ret til at udstille, men uden at være magen til dem. Spørgsmålet er, om museet kan skride ind over for det i medfør af den eksklusive ret, som kunstneren har overdraget til museet.

Hvis ikke kontrakten siger noget om, hvad der gælder i den slags tilfælde, er spørgsmålet som sagt tvivlsomt. Det er den herskende opfattelse, at erhververen i et vist omfang kan skride ind i medfør af eneretten, fordi erhververe normalt har forbudsbeføjelser, der rækker videre end deres positive rådighedsbeføjelser.³⁰

Vi er enige med *Rosén* i, at det kan (og normalt vil) være en ophavsretskrænkelser, hvis ophavsmanden disponerer over nye værker, der kun er ændret ganske uvæsentligt i forhold til det værk, erhververen har ret til. En forfatter, der har givet et forlag eneret til at udgive en bog, hvorpå han eller hun udgiver samme bog på et andet forlag, handler f.eks. i strid med eneretten, også selvom vedkommende snedigt ændrer et par sætninger i bog nr. 2. Men bortset fra

²⁸ Læs mere om specialitetsgrundsætningen i *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, Kbh. 2018 s. 615 f. og *Schønning*, Ophavsretsloven med kommentarer, Kbh. 2016.

²⁹ Jf. hertil *Rosén*, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 409 f. og 421.

³⁰ Se bl.a. *Blomqvist*, Overdragelse af ophavsrettigheder, Kbh. 1987 s. 195. Det antages her, at erhververen af ophavsrettigheder typisk indtræder i forfatterens forbuds- og påtaleret i et bredere omfang, end han indtræder i retten til selv at råde. Ud over til tysk retslitteratur henviser forf. bl.a. til *Mehrsing*, UfR 1979 B s. 162 og *Saxén*, Förlagsavtalet, Åbo 1955 s. 112 ff. og 123 ff. Se om spørgsmålet også *Koktvedgaard*, Immaterialretspositioner, Kbh. 1965 s. 283 f. En meget udførlig analyse af spørgsmålet findes i *Rosén*, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 400–426. Bl.a. efter gennemgang af retstilstanden i tysk og fransk ret og den hidtidige juridiske litteraturs syn på spørgsmålet når forf. s. 419 ff. frem til den konklusion, at den ophavsret, der er overdraget til en forlægger, ikke tillader vedkommende at skride ind over for udgivelse i andre udgivelsesformer end dem, vedkommende selv har ret til at udnytte, eller over for værker, der indebærer væsentlige modifikationer i forhold til det, forlæggerens ret angår. Derimod anses forlæggeren for, i medfør af den overdragne ophavsret, at kunne skride ind i tilfælde, hvor forfatteren råder over nye værker, der kun afspejler mindre indgribende ændringer eller tillæg i forhold til det, forlæggeren har rettigheder til, herunder ændringer, der afspejler naturlige opdateringer af faglitteratur mv. Til forskel herfra anser forf. ikke forlæggerens ophavsret for at omfatte værker, der er ændret mere væsentligt i forhold til dem, forlæggeren har ret til. I den forbindelse kan der iflg. forf. bl.a. henses til, om værk 2 minder så meget om værk 1, at førstnævnte ikke er en beskyttet bearbejdelse af sidstnævnte.

den slags klare tilfælde kan der opstå mange tvivlsspørgsmål, som det er svært at løse vha. generelle formodninger. Det afgørende bør være, hvad parterne med rimelighed kunne regne med, og om den konkurrerende udnyttelse, som erhververen ønsker at skride ind over for, med rimelighed kan anses for omfattet af den eneret, vedkommende har fået overdraget fra ophavsmanden. Det må komme an på en lang række forhold, herunder hvad der er blevet sagt og skrevet under forhandlingerne, branchesædvaner, aftalens ordlyd, karakteren af den konkurrerende udnyttelse, og hvor meget den konkurrerende udnyttelse generer erhververen. Det er i øvrigt ikke sikkert, at vurderingen bør være uafhængig af, om den konkurrerende udnyttelse, det handler om, foretages af ophavsmanden eller en tredjemand. Og i de tilfælde, hvor den foretages af en tredjemand, kan det ikke nødvendigvis være lige meget, om tredjemanden foretager udnyttelsen med eller uden tilladelse fra ophavsmanden. Måske kan der derfor være tilfælde, hvor erhververen i medfør af den overdragne eneret kan afskære ophavsmanden, men ikke andre, fra en vis konkurrerende udnyttelse, eller omvendt. På samme måde kan der muligvis være tilfælde, hvor erhververens mulighed for indskriden over for en tredjemand afhænger af, om den pågældende tredjemand har en aftale med ophavsmanden. Det afgørende bør være en rimelig kontraktsfortolkning, hvor man spørger, om den eneret, som ophavsmanden har overdraget til erhververen, giver denne en rimelig og berettiget forventning om at kunne skride ind over for en bestemt udnyttelse, som erhververen ikke selv har ret til at foretage. Det er et komplekst spørgsmål, som det er svært at håndtere vha. forhåndsformodninger.

Eksempel 5: En juridisk forfatter giver et forlag eneret til at udgive en lærebog i immaterialret. Ifølge kontrakten får forlaget ”eneret til at udgive værket i bogform på dansk”. Så genbruger forfatteren uden tilladelse fra forlaget 2 sider fra bogen i en lærebog om informationsret udgivet på et andet forlag. Bog nr. 1 henvender sig til studerende på kandidatfaget immaterialret, bog nr. 2 henvender sig til studerende på bachelorfaget informationsret, og bog nr. 2 påvirker ikke de studerendes køb af bog nr. 1. Begge bøger læses dog også i et vist omfang af praktikere, herunder advokater, og det kan ikke udelukkes, at visse advokater vil nøjes med bogen om informationsret, sådan så der er en vis konkurrence mellem bøgerne. Hvis man skal sætte tal på, er det realistisk at tro, at bog nr. 2 mindsker salget af bog nr. 1 med 5 % om året. Spørgsmålet er nu, om den eneret, som forlag nr. 1 har fået ifølge kontrakten med forfatteren, giver forlaget mulighed for at få dømt forfatteren, forlag nr. 2 eller evt. dem begge for krænkelse af den eneret, forlaget har ifølge aftalen med forfatteren.

Eksempel 6: Som eksempel 5, men med den forskel, at forfatteren genbruger ikke 2 men 25 sider i bog nr. 2.

Eksempel 7: Som i eksempel 5, men med den forskel, at begge bøger er lærebøger i immaterialret, forfatteren genbruger 50 sider i bog nr. 2, og bog nr. 2 mindsker salget af bog nr. 1 med 50 % om året.

Eksempel 8: Som i eksempel 5, dog sådan, så forlag nr. 2 genbruger 100 sider fra bog nr. 1, udgivelsen af bog nr. 2 sker uden nogen gyldig tilladelse fra forfatteren, sådan så bog nr. 2 har karakter af et plagiat af bog nr. 1, og forlag nr. 1 ønsker at skride ind over for forlag nr. 2, uden at forfatteren er involveret i sagen.

Eksempel 9: Som i eksempel 5, dog med den forskel, at begge bøger vedrører immaterialret og henvender sig til ganske samme målgruppe, og den eneste forskel på dem er, at der er ændret nogle få sætninger i bog nr. 2.

Om forlag nr. 1 skal kunne få dømt de ovenstående aktører for ophavsretskrænkelser, afhænger af, om man kan indfortolke en sådan mulighed i forlagsaftalens ord om ”eneret til udgivelse af værket på dansk”. Det er efter vores mening givet, at svaret ikke nødvendigvis er det samme i alle 5 eksempler. Derimod virker det mere sandsynligt, at forlag nr. 1 står svagt i eksempel 5, stærkt i eksempel 8 og meget stærkt i eksempel 9, mens eksempel 6 og 7 er mere tvivlsomme.³¹

Ved løsningen af spørgsmål som de her nævnte er det efter vores opfattelse i øvrigt vigtigt at fremhæve 2 centrale ting.

For det første er det spørgsmål, der behandles her, nært beslægtet med spørgsmålet om, hvorvidt ophavsmandens adfærd krænker vedkommendes loyalitetspligt over for erhververen. Bortset fra sager, hvor tredjemænd agerer på egen hånd, jf. eksempel 8 ovenfor, er det basale spørgsmål kort og godt, om ophavsmanden har opført sig på en måde, som erhververen ikke behøver acceptere ifølge parternes aftale. Om der er tale om en krænkelser af eneretten, loyalitetspligten eller begge dele, kan i den forbindelse være tvivlsomt, således at det kan virke mindre rimeligt, hvis det skal spille nogen afgørende rolle, om erhververen påberåber sig det ene eller det andet. Efter vores mening må det føre til, at de kriterier, der afgør, om ophavsmanden har tilsidesat loyalitetspligten, i vidt omfang også bør tillægges betydning, når det i *tvivlstilfælde* skal afgøres, om vedkommende har krænket den eneret, han har overdraget til erhververen. De nævnte kriterier beskrives i detaljer nedenfor 6. De går bl.a. ud på, at det spiller en rolle, hvor meget erhververen har betalt til ophavsmanden, eller om der er tale om et bestilt værk mv. Hertil kommer en række andre kriterier, jf. nedenfor anf. sted.

For det andet kan den adfærd, som ophavsmand eller tredjemænd udviser, kun krænke den eneret, der er overdraget til erhververen, hvis adfærden angår noget, der er genstand for ophavsretlig beskyttelse. Adfærd, der ikke gør det, kan pr. definition ikke krænke nogen ophavsretlig eneret. Derimod kan det ske, at den form for adfærd krænker loyalitetspligten. Men en ophavsretskrænkelser kan det ikke være.

³¹ Fra svensk praksis se Högsta domstolen, NJA 1985 s. 909. Her havde ”Aftonbladet” uden tilladelse bragt uddrag fra en interviewbog ”Med egne ord” om statsminister Olof Palme. Uddragene fyldte fem spalter i avisen. Det ansås for at krænke forfatterens ophavsret. Sml. samme domstols afgørelse i NJA 1957 s. 770. Her havde en forfatter for egen regning ladet et forlag udgive et flerbinderværk ”Svenska Folksagor” og givet det en eneret til at stå for salget, hvorpå forfatteren udgav et værk ”Varifrån kommer våra sagor” på et andet forlag. Den sidstnævnte bog havde samme udstyr mv. som de to først udgivne bind og måtte anses for et bind 3 af det værk, til hvis salg forlag nr. 1 havde eneret. Forfatterens adfærd ansås derfor for at stride mod den. Om retten anså krænkelser for en kontrakts- eller en immaterialretskrænkelser, fremgår dog så vidt ses ikke.

Eksempel 9: En forfatter udgiver en bog om en historisk begivenhed på et forlag i henhold til en forlagsaftale, der giver forlaget eneret til udgivelse i bogform. Derefter beskriver forfatteren visse af de fakta, bogen drejer sig om, i en anden bog udgivet på et andet forlag. Desuden gentager han visse af de teorier, han fremførte i bog nr. 1, i bog nr. 2. De genbrugte fakta og teorier har en karakter, så de ikke beskyttes ophavsretligt.³² Man kan diskutere, om forfatteren har krænket sin loyalitetspligt over for forlag nr. 1. Derimod har han givetvis ikke krænket den eneret, han har overdraget til forlaget. Der knytter sig jo ingen eneret til de genbrugte fakta og teorier.

Resten af artiklen fokuserer på, om ophavsmandens udnyttelse af ikke-overdragne rettigheder krænker loyalitetspligten. Om den også krænker den eneret, ophavsmanden måtte have overdraget til erhververen, behandles ikke.

5. Loyalitetspligten i aftaler om overdragelse af ophavsret

Hvis en ophavsmand overdrager en eneret til en erhverver og derefter gør noget, der strider mod eneretten, er det en krænkelse af den sidstnævnte, jf. ovenfor 4. Herudover betyder den loyalitetspligt, der også påhviler ophavsmanden, at erhververen kan forbyde ham eller hende at udvise adfærd, der forringer værdien af de overdragne rettigheder.

Loyalitetspligten vil derfor særligt være interessant at påberåbe sig for erhverver i følgende tilfælde, hvor denne typisk ikke også kan påtale ophavsmandens adfærd efter ophavsretsloven.

5.1. Udnyttelse af værker, der ikke er identiske med det, erhververen har ret til

For det første kan det stride mod loyalitetspligten, hvis ophavsmanden giver en erhverver ret til et værk og siden råder over et andet værk, der minder om det, som erhververen har ret til, uden at være identisk med det. Loyalitetspligten vil her kunne betyde, at ophavsmanden handler retsstridigt over for erhververen, hvis hans dispositioner forringer værdien af erhververens rettigheder.³³

³² Se om den manglende beskyttelse af rene fakta *Rosenmeier*, Værkslæren i ophavsretten, Kbh. 2001 s. 70, 99, 102 f. og 160. Om den manglende beskyttelse af videnskabelige teorier og ideer se anf. bog s. 159 ff. og *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, Kbh. 2018 s. 162. Som sagt i sidstnævnte bog s. 161 f. er der en flydende grænse mellem ubeskyttede ideer og beskyttet ”struktur” og ”komposition”, og det kan derfor godt forekomme, at overtagelse af fakta, teorier o.l. kan være så massiv, at det indebærer en ophavsretskrænkelse. Det er dog ikke tilfældet i eksemplet ovenfor.

³³ Jf. f.eks. *Knoph*, Åndsretten, Oslo 1936 s. 144 (”Hvis en maler [...] har gitt en forlegger rett til å lage julekort efter hans malerier, kan han ikke selv lage raderinger efter dem og selge dem som julemappe. Har en teaterdirektør fått enerett til å opføre et drama i to år, behøver han ikke finne sig i at det samtidig fremføres som lydfilm. [...] På samme måte må saken ansues, hvis en mann har erhvervet filmretten til en roman i stumfilmens tid, og så talefilmen dukker opp”). I *Lund*, Billedkunsten i retlig belysning, Kbh. 1944 antages s. 244, at en kunstner, der til en anden har overdraget retten til gengivelse i træsnit, kan være afskåret fra selv at gengive værket som kobberstik. I *Blomqvist*, NIR 1981 s. 90 f. antages, at en forfatter, der har overdraget retten til bogudgivelse til et forlag, er afskåret fra selv at udgive værket som mikrofilm (aka mikrofilm).

I visse tilfælde vil det være nærliggende at anse værk nr. 2 for at være en modifikation af værk nr. 1, jf. bl.a. eksemplerne i note 33. Men der er også tilfælde, hvor det værk, som ophavsmanden råder over, er så forskelligt fra det, som erhververen har fået eneret til, at det ikke giver mening at anse værk nr. 2 for en ændret version af værk nr. 1. I den slags situationer er der grundlæggende tale om, at ophavsmanden disponerer over et *andet værk* end det, erhververens rettigheder angår. I den slags tilfælde er det indlysende, at ophavsmanden ikke krænker den ophavsret, som denne har overdraget til erhververen. Men ophavsmanden kan i visse tilfælde godt risikere at krænke loyalitetspligten.

Se til illustration U 1982.4 H, hvor en forfatter af slankebøger havde overdraget forlagsrettighederne til et forlag. Slankebøgerne var i et vist omfang båret af forfatterens navn og virksomhed. Nogle år efter udgav et andet forlag slankebøger af samme forfatter – igen med forfatteren som omdrejningspunkt. Østre Landsret nåede frem til, at der ikke er ”en sådan lighed i indhold, opsætning m.v. imellem de fire hos [forlaget] udgivne bøger og de to bøger, der blev udgivet hos [det nye forlag], at de sidstnævnte bøger i ophavsretlig forstand kan betegnes som samme værk som de førstnævnte eller som sådanne efterligninger af disse, som ophavsretsloven giver beskyttelse imod. Der kan derfor ikke gives sagsøgeren medhold i, at de sagsøgte har overtrådt ophavsretsloven”. Landsretten nåede til gengæld frem til, at udgivelsen af de to bøger på det nye forlag havde påført det første forlag betydelig konkurrence. Forfatteren havde derved begået retsbrud med en erstatningspligt til følge. Da sagen blev prøvet i Højesteret, havde det første forlag frafaldet sin påstand om krænkelse efter ophavsretsloven. Højesteret fandt, at forfatteren ”ved aftalerne” var forpligtet til ikke at lade udgive bøger, som påførte det første forlag ”ubillig konkurrence”. Forfatteren – og forlaget – var derfor erstatningsansvarlige. Se også UfR 1964.221 H. Den danske digter Piet Hein, der er verdenskendt for sine korte, humoristiske ”gruk”-digte med ledsagende egne tegninger, havde her mod betaling givet medicinalvirksomheden Lundbeck ret til at bringe 13 illustrerede gruk i annoncer i Ugeskrift for læger og 4 illustrerede gruk i firmaets kvartalskalendere rettet mod læger. Da Lundbeck erfarede, at Piet Hein også havde leveret gruk til et medicinalfirma Cibas årskalender, hævdede Lundbeck aftalen. Højesteret fandt ophævelsen berettiget under henvisning til, at det måtte stå Piet Hein klart, at det kunne være af væsentlig betydning for Lundbeck, at gruk ikke allerede anvendes til reklameformål af et andet medicinalfirma. Fra tysk ret se på den anden side OLG Karlsruhe, Ufita 93/1982 s. 229 ff., her ref. efter *Rosén*, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 439. Det fandtes ikke her stridende mod en loyalitetspligt, at en forfatter, der havde ladet et forlag udgive en videnskabelig afhandling i fuldtekstudgave, udgav en forkortet, bearbejdet udgave som pocket-bog.

Det kan altså være i strid med loyalitetspligten, hvis en ophavsmand, der har givet en erhverver ret til at udnytte et vist værk, derefter udgiver et nyt værk, som skader erhververen. Situationen kan evt. foreligge på den måde, at en ophavsmand råder over *mindre dele* af det værk, erhververen har ret til, f.eks. hvis en forfatter udgiver tekststykker fra en bog, som han har udgivet på et

forlag, i en avis. Hvis det skader erhververen, kan det stride mod loyalitetspligten.³⁴

At udgivelse af nye værker kan stride mod loyalitetspligten, er nok især relevant i tilfælde, hvor værkerne har en vis teknisk karakter. I forbindelse med mere kunstnerisk prægede værker inden for fiktionsgenren o.l. vil ophavsmandenes loyalitetspligt derimod kunne være mere indskrænket. På det litterære område antages det her sagte derfor f.eks. at være mere relevant i forbindelse med faglitteratur end med skønlitteratur.³⁵ Også når det handler om skønlitteratur o.l. kan ophavsmand, der udgiver nye værker, dog risikere at krænke loyalitetspligten. En forfatter, der udgiver en succesfuld krimiserie på et forlag, kan f.eks. være afskåret fra at udgive nye bind i serien på andre forlag, hvis de nye bind kan skade salget af de gamle.

5.2. Anvendelse af samme værk gennem andre udnyttelsesformer end dem, erhververen har eneret til

En anden tilfældegruppe foreligger, hvis ophavsmanden udnytter det værk, som erhververen har fået rettigheder til, *gennem udnyttelsesformer, som ikke er omfattet af en forbudsret hos erhververen*. Situationen kan f.eks. være den, at ophavsmanden har givet erhververen eneret til visse udnyttelsesformer, men selv beholdt andre dele af ophavsretten. Hvis ophavsmandens udnyttelse af de rettigheder, han selv har beholdt, skader erhververens muligheder for at nyde godt af de overdragne enerettigheder, kan det være i strid med ophavsmandens loyalitetspligt.

I bet. 1197/1990 s. 227 nævnes som eksempel, at hvis en erhverver har filmatiseret et værk efter aftale med ophavsmanden, hvorpå denne trækker rettighederne til dramatisering til tv-brug tilbage efter ophavsretslovens § 54, vil loyalitetspligten afskære ophavsmanden fra at udnytte retten, fordi det vil indebære en uacceptabel konkurrence med den sædvanlige udnyttelse af filmen gennem visning i TV. Sml. også en utrykt byretsdom fra Københavns byret af 05.10.2005 (BS 7D-7344/2004). Retten afgjorde her, at en pladekontrakt, der tillod et pladeselskab at udgive bandet "Dodo and the Dodos" musik på LP, musikkassette og CD, ikke indebar, at pladeselskabet også havde erhvervet ret til at udgive den online. Retten tilføjede dog for en sikkerheds skyld, at den ikke derved havde taget stilling til, om Dodo and the Dodos nu selv kunne udgive musikken online uden om pladeselskabet. — Den

³⁴ Se f.eks. fra finsk ret Högsta domstolens dom refereret i NIR 1964 s. 148 f. Her ansås det for krænkende, at en forfatter til et værk "Lantbruket mekaniseras" publicerede en række avisartikler, hvis tekst stammede fra bogen, og dermed skadede forlagets salg. At brudstykkevis genudgivelse kan stride mod loyalitetspligten, er også fremhævet i en række forlagsaftaler. Se bl.a. UBVA-aftalens § 15, citeret ovenfor note 19. Se også Dansk Forfatterforenings normalformular om skønlitteratur, tilgængelig på danskforfatterforening.dk under "Råd/viden", underpunktet "Forlagskontrakter", § 18 (hel eller delvis medtagelse i antologier) og § 19 (udgivelse af større værksdele i dag- eller ugeblade mv.).

³⁵ Jf. Rosén, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 438 f. Se også for så vidt angår tysk ret Schrickel (red.), Verlagsrecht, München 2001, kommentaren til § 2, afsnit II.3, kommentar 8. Det antages her, at forfattere til videnskabelig litteratur har en mindre omfattende loyalitetspligt end forfattere til populærvidenskabelig litteratur.

situation, at overdragelsen af en rettighed kan afskære rettighedshaveren fra at udøve rettigheder, der ikke er omfattet af overdragelsen, forekommer også på andre juridiske områder. I varemærkeretten er det f.eks. tilladt at markedsføre varer og tjenesteydelser under eget personnavn i overensstemmelse med god markedsføringskik, uanset at det pågældende personnavn er det samme som et beskyttet varemærke, som andre har ret til jf. nu varemærkelovens § 10, stk. 1, nr. 1, og stk. 2. Men p.g.a. kravet om god markedsføringskik står muligheden ikke nødvendigvis åben for personer, der inden da har overdraget et mærke, der bygger på personnavnet, til andre, jf. UfR 2017.923 H om Benedikte Utzon. Sml. også UfR 1953.355 V: Varemærker beskyttes kun, hvis de har særpræg, og i hvert fald som udgangspunkt er det derfor ingen krænkelse, hvis man fra et varemærke overtager en mindre, ikke-særpræget bestanddel, f.eks. hvis man fra et slogan låner et enkelt ikke-særpræget ord fra et andet slogan, jf. bl.a. UfR 1980.1050 SH. I UfR 1953.355 V fandtes en trikotagehandler, der havde solgt sin forretning ”Manufaktur-Tricotage-Småting „O. K.””, ikke desto mindre afskåret fra at drive en tilsvarende forretning under navnet „Magasin O.K.” uden køberens samtykke, hvilket gjaldt, selvom der, som retten fremhævede, ikke knyttede sig nogen beskyttelse til selve ordet ”OK”, og selvom ”OK” var sagsøgt initialer. Afgørelsens begrundelse er ikke krystalklar, men går tilsyneladende på dels loyalitetspligt, dels markedsføringsret.

5.3. Simple overdragelser

Situationen kan også være den, at ophavsmanden overdrager visse rettigheder til en erhverver ved en simpel overdragelse, sådan så de rettigheder, erhververen får, ikke er enerettigheder, og derpå selv råder over rettighederne på en måde, der skader erhververen. Det giver i den slags tilfælde sig selv, at ophavsmandens udnyttelse af sine rettigheder ikke strider mod erhververens enerettigheder. Men der kan evt. foreligge en krænkelse af loyalitetspligten. Det at overdragelsen er simpel vil ganske vist ofte kunne være et fortolkningsmoment, der trækker i retning af, at ophavsmanden selv skal kunne udnytte sine rettigheder uden hensyn til overdragelsen. Det gælder især i tilfælde, hvor det fremgår klart og udtrykkeligt af aftalen eller omstændighederne ved indgåelsen, at overdragelsen kun er simpel. På den anden side kan der være særlige tilfælde, hvor ophavsmanden ved eller bør vide, at hans egenudnyttelse vil forringe erhververens rettigheder på en måde, som vedkommende ikke regner med. I så fald vil loyalitetspligten efter omstændighederne kunne afskære ophavsmanden fra selv at udnytte værket på måder, som han har givet andre ret til ved en simpel overdragelse. Se nærmere om betydningen af konkret aftalefortolkning nedenfor 6.1.

Eksempel 10: Et filmproduktionsselskab har solgt rettighederne til visning af en film til en biograf. Det fremgår af kontrakten, at der er tale om en simpel rettighedsoverdragelse, og produktionsselskabet sælger også visningsrettighederne til andre biografer. Produktionsselskabet klipper kort efter filmen om, så den bliver mere publikumsvenlig. Som følge heraf er der ingen, som ser filmen i biografen i den første version.

Som følge af, at overdragelsen udtrykkeligt er gjort simpel, må biografen her acceptere, at filmproduktionsselskabet også sælger visningsretten til andre biogra-

fer. Til gengæld må det formentlig kunne være i strid med loyalitetspligten at sende en ny version af filmen på markedet, som helt fjerner værdien af den første version.

Det kan altså stride mod loyalitetspligten, hvis en ophavsmand, der har overdraget ophavsret til et værk til en erhverver, udnytter værket på måder, hvortil retten ikke er overdraget. Det samme kan være tilfældet, hvis ophavsmanden disponerer over *dele af* værkerne på en illoyal måde. Hvis det f.eks. antages, at Dodo and the Dodos loyalitetspligt over for pladeselskabet afskar dem fra at udgive deres plader online, ville det samme også kunne gælde online-udgivelse af numrene enkeltvis.

6. Loyalitetspligtens momenter

En ophavsmand, der overdrager rettigheder til en erhverver, påtager sig en loyalitetspligt, som betyder, at ophavsmanden skal afstå fra illoyal adfærd, som forringer værdien af modpartens rettigheder. De tilfælde, hvor det kan være relevant, er nævnt ovenfor.

Ved bedømmelsen af, om loyalitetspligten konkret er tilsidesat i ovenstående tilfældegrupper, bør følgende momenter generelt tillægges vægt:

6.1. Konkret aftalefortolkning

For det første må det antages, at en konkret fortolkning af overdragelsesaftalen kan føre til en udvidelse eller indskrænkning af ophavsmandens loyalitetspligt.³⁶ Det kan bl.a. være en del af en aftaleforhandling, at parterne indskrænker loyalitetspligten på et område mod at udvide den på et andet.

Situationen kan f.eks. være den, at en ophavsmand har ladet sine rettigheder opdele, således at én erhverver får rettighederne til en udnyttelsesform, mens en anden erhverver – eller ophavsmanden selv – kan udnytte rettighederne til andre udnyttelsesformer.³⁷ Hvis det i den slags tilfælde er kendeligt for erhververen, at ophavsmanden planlægger at overdrage andre dele af ophavsretten til andre erhververe eller evt. selv at stå for udnyttelsen, uden at erhververen protesterer, vil det normalt ikke stride mod loyalitetspligten, hvis ophavsmanden fører planerne ud i livet, heller ikke selvom det måtte forringe værdien af erhververens rettigheder.

Eksempel 11: En forfatter overdrager retten til udgivelse af en bog på tryk til et forlag. Efter lange, intense forhandlinger får forfatteren igennem, at han selv skal beholde e-bogsrettighederne. Forlaget må her kunne sige sig selv, at forfatterens bestræbelser på at beholde e-bogsrettighederne skyldes, at han selv har tænkt sig at udgive bogen som e-bog. Det må derfor antages, at forfatterens loyalitetspligt ikke

³⁶ Se eksempelvis UfR 2012.3671 S, hvor en kundeklausul blev tilbudt erhververen af en virksomhed, men afvist af denne. Det synes med rette at påvirke bedømmelsen af, hvorvidt der stiltiende var aftalt en kundeklausul.

³⁷ Se eksempel 1 til illustration, dog med den tilpasning, at det ved indgåelsen af aftalen står parterne tilstrækkeligt klart, at forfatteren ønsker, at forlaget kun skal supplere forfatterens egen udgivelse.

afskærer forfatteren fra selv at udgive bogen som e-bog, heller ikke selvom e-bogen måtte skade den trykte udgave.

Som ved almindelig fortolkning af aftaler kan parternes tidligere aftaler tillægges betydning for bedømmelsen af loyalitetspligtens indhold og udstrækning.³⁸

Eksempel 12: En forfatter overdrager retten til udgivelse af en bog på tryk til et forlag, men beholder selv e-bogsrettighederne og udnytter dem ved selv at udgive bogen som e-bog, uden at forlaget protesterer. Siden overdrager forfatteren retten til udgivelse af en anden bog på tryk til samme forlag og beholder selv e-bogsrettighederne. Den kendsgerning, at forlaget har tilladt forfatteren at udgive den første bog som e-bog, vil her trække i retning af, at forfatteren også selv kan udgive bog nr. 2 som e-bog, uden at det vil stride mod en loyalitetspligt over for forlaget.

6.2. Branchesædvaner

Også den sædvanlige adfærd i branchen har indflydelse på loyalitetspligtens indhold.³⁹ En part må have særlige holdepunkter, hvis han vil forvente en særlig loyalitet fra modparten, som ligger ud over, hvordan aftaler om tilsvarende udnyttelser håndteres i branchen.

Eksempel 13: En journalist, der skriver en artikel om en stor offentlig skandale og håber at kunne få den som solo-historie, interviewer en ekspert og gengiver hans ophavsretligt beskyttede udtalelser i artiklen. Journalisten og eksperten indgår ingen udtrykkelige aftaler om de ophavsretlige detaljer. Det siger imidlertid sig selv, at journalistens gengivelse af ekspertens udtalelser selvfølgelig ikke krænker hans ophavsret, nu hvor vedkommende frivilligt har medvirket i interviewet, og at ekspertens medvirken indebærer en licens til, at journalisten kan bringe udtalelserne i artiklen. Derefter fremsætter eksperten til journalistens ærgrelse samme ophavsretligt beskyttede udtalelser til en anden journalist, der også har fået fært af historien. Man kan her spørge, om ekspertens genfremsættelse af de beskyttede udtalelser til journalist nr. 2 er i strid, dels med den udnyttelsesret, som eksperten stiltiende måtte have overdraget til journalist nr. 1, dels den loyalitetspligt, der måtte påhvile eksperten i forhold til vedkommende. Det er imidlertid helt sædvanligt, at eksperter udtaler sig om det samme til mange forskellige medier, og det ved alle i branchen. Det trækker i retning af, både at den licens, eksperten har givet journalist nr. 1, skal anses for simpel, og at hans adfærd ikke strider mod nogen loyalitetspligt.⁴⁰

6.3. Varigheden og intensiteten af parternes samarbejde.

Løbende aftaleforhold og ansættelsesforhold

Jo tættere samarbejde ophavsmanden og erhververen har haft, desto større hensyn og dermed loyalitet kan erhververen forvente fra ophavsmanden. Samarbejdet kan være tæt, fordi ophavsmanden og erhververen har haft et intenst

³⁸ Jf. Rosén, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 428.

³⁹ Jf. Rosén, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 428.

⁴⁰ Om ophavsret til interviews se i øvrigt Rosenmeier, NIR 2003 s. 57 ff.

aftaleforhold med overdragelse af mange eller meget omfattende værker. Det samme vil gælde, hvis parternes samarbejde har været i lang tid.⁴¹

Det her sagte kan også være relevant i tilfælde, hvor der er tale om et løbende kontraktsforhold, hvor parterne i stedet for at udveksle deres respektive ydelser én gang for alle udveksler dem løbende over et tidsrum.

Eksempel 14: En grafiker, som er tilknyttet som ”fastlancer” i forhold til en virksomhed, udvikler dens grafiske identitet og står for at opfylde alle virksomhedens grafiske behov hen over en årrække. Begge parter oplever det sådan, så grafikerens er virksomhedens faste grafiker, og at den mulighed at overlade de grafiske opgaver til andre vil være upassende. På et tidspunkt påtager grafikerens sig en designopgave for en anden kunde, hvilket resulterer i et design, der i høj grad ligner noget af det, grafikerens har lavet over for virksomhed nr. 1. Det er herefter et spørgsmål, om grafikerens adfærd strider mod loyalitetspligten. Den kendsgerning, at grafikerens har samarbejdet med virksomhed nr. 1 i en årrække, vil formentlig være et fortolkningsdatum, der trækker i retning af et bekræftende svar.

Det skærper også i høj grad loyalitetsbedømmelsen, hvis ophavsmanden er ansat hos erhververen, fordi det som beskrevet ovenfor 3.2 antages, at der påhviler ansatte personer en særlig loyalitetspligt over for arbejdsgiveren i kraft af ansættelsesforholdet.

Eksempel 15: En lærer er ansat ved en erhvervsskole, hvor han har som del af sine arbejdsopgaver at udarbejde digitale undervisningsforløb, som skolen derefter bl.a. sælger til betalende kursister som led i digital efteruddannelse. Der er tale om aktiviteter, der giver skolen betydelige indtægter, og som udgør en del af lærerens arbejdsforhold. På et tidspunkt udgiver læreren et undervisningsforløb, der er så forskelligt fra skolens, at der ikke sker nogen ophavsretskrænkelser. Forlagsudgivelsen konkurrerer imidlertid med skolens undervisningstilbud og forringer sidstnævntes værdi for skolen. Det er herefter et spørgsmål, om lærerens adfærd strider mod vedkommendes loyalitetspligt. Den kendsgerning, at han er ansat på den og har som en del af sine arbejdsopgaver at udarbejde digitale undervisningsforløb, vil her være en faktor, der selvstændigt trækker i retning af, at svaret er ja.

Som beskrevet ovenfor 3.2 antages det, at den loyalitetspligt, der måtte gælde i løbende kontraktsforhold, aftager, når kontraktsforholdet er ophørt. Det kan også være relevant i tilfælde som de ovenstående.

Eksempel 16: En grafiker er tilknyttet som fastlancer i forhold til en virksomhed, udvikler dens grafiske identitet og står for at opfylde alle virksomhedens grafiske behov hen over en årrække. Derefter ophører samarbejdet, og parterne skilles. Efter nogle år laver grafikerens en grafisk løsning, hvis lighed med det, han har lavet for virksomhed nr. 1, aktualiserer det spørgsmål, om grafikerens overtræder

⁴¹ Jf. UfR 1960.63 H, som dog omhandlede perioden efter aftalens ophør, *Madsen*, Markedsret 2, Kbh. 2019 s. 360 og *Schricker* (red.), *Verlagsrecht*, München 2001, § 2, afsnit II.3, kommentar 8. Tilsvarende tillægges parternes tidligere samarbejde samme tider betydning i sager om produktetferligninger efter markedsføringsloven, jf. bl.a. UfR 1982.1149 SH og *Borcher/Bøggild*, *Markedsføringsloven*, Kbh. 2013 s. 132 f. med flere domshenvisninger.

sin loyalitetspligt. Den kendsgerning, at grafikerer først gør det, efter at kontraktforholdet er ophørt, trækker her alt andet lige i retning af, at loyalitetspligten ikke er tilsidesat. Jo længere tid der går, desto mere afsvækkes loyalitetspligten. Se hertil nedenfor 6.8.

6.4. Bestilte værker mv.

I tilfælde, hvor erhververen henvender sig til ophavsmanden med henblik på at få skabt et værk, kan værket karakteriseres som *bestilt*. Erhververen må som bestiller alt andet lige have en særlig forventning om, at ophavsmanden ikke anvender sine bevarede rettigheder til at udnytte værket på en måde, som forringer værkets værdi for erhververen.⁴² Jo mere erhververen har bidraget til skabelsen, f.eks. med særlig viden, desto mere trækker det i retning af udvidelse af loyalitetspligten.⁴³

Eksempel 17: Et advokatkontor, der vil rationalisere sagsbehandlingen, henvender sig til et softwarefirma og bestiller et skræddersyet computerprogram, der skal kunne foretage visse simple juridiske vurderinger på baggrund af de oplysninger, klienterne indsender elektronisk. Som led i projektet holder parterne en lang række intensive møder, hvor advokatkontoret specificerer, hvad programmet skal kunne, og kommer med en lang række nødvendige oplysninger om de juridiske regler mv., programmet skal baseres på. Derefter opstår det spørgsmål, om softwarefirmaet har lov til at lave et tilsvarende program til konkurrerende advokatkontorer. Den kendsgerning, at programmet er bestilt, og at advokatkontor nr. 1 har bidraget intensivt til skabelsen, er her et fortolkningsdatum til støtte for, at svaret er nej.

6.5. Graden af lighed

Som nævnt ovenfor under pkt. 5.1 kan ophavsmanden overtræde loyalitetspligten ved at disponere over værker, der ikke er identiske med det, han har overdraget rettigheder til.⁴⁴ Graden af lighed mellem værkerne må have betydning for loyalitetspligten. Jo mere de ligner hinanden, desto mere sandsynligt er det, at loyalitetspligten er overtrådt. Hvis der ligefrem er *forvekslingsrisiko*, trækker det i retning af, at der er sket brud på loyalitetspligten.⁴⁵

I UfR 1984.1122 SH havde kunstneren Per Arnoldi udført en illustration til brug for en reklamekampagne for livsforsikringer hos et forsikringsselskab. Herefter udførte han en anden illustration til en kampagne for livsforsikring for et andet forsikringsselskab. Retten frifandt for krænkelse for overtrædelse af loyalitetspligten, bl.a. med henvisning til, at værkerne ikke mindede om hinanden i motivvalg, og at der ikke forelå forvekslingsrisiko. Se også UfR 1961.979 SH. En virksomhed, som solgte ”*husgeråds artikler*” havde her ladet deres mangeårige fabrikant fremstille et salt- og pebersæt, som delvist var tegnet til virksomheden. Efter ophøret af aftalen fortsatte fabrikanten med at fremstille et nyt salt- og pebersæt, der på alle måder var

⁴² Sml. principperne bag ophavsretslovens § 60 om bestilte portrætbilleder.

⁴³ Jf. hertil *Schricker (red.)*, Verlagsrecht, München 2001, § 2, afsnit II.3, kommentar 8, og BGH GRUR 1973 426, 427 – Medizin-Duden.

⁴⁴ Se eksempel 4 ff. henholdsvis UfR 1982.4 H til illustration.

⁴⁵ Jf. *Rosén*, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 443 f. og 447.

tæt på det, som virksomheden havde ladet fabrikanten fremstille. Sø- og Handelsretten konstaterede – som parterne i sagen også var enige om – at salt- og pebersættet ikke nød ophavsretlig beskyttelse. Fabrikanten var dog ”uberettiget til at fremstille, lade fremstille og/eller sælge salt- og pebersæt, der er identiske eller let lader sig forveksle med det af [fabrikanten] tidligere til [virksomheden] fremstillede salt- og pebersæt”.

6.6. Hensynet til parterne – afvejning af interesser

Ved bedømmelsen af, om loyalitetspligten i et konkret tilfælde er tilsidesat, må parternes interesser afvejes i forhold til hinanden. Det er derfor på den ene side et relevant spørgsmål, hvor stor indtjening ophavsmanden vil gå glip af, eller hvor stort tab han i øvrigt vil lide – både ideelt og økonomisk – hvis han skal afstå fra at udnytte sine bevarede rettigheder. På den anden side er det også relevant at spørge, hvor meget værdien af det overdragne værk vil blive forringet for erhververen, hvis ophavsmanden udnytter rettighederne. Hvis ophavsmanden kun har beskedent interesse i eller indtjening ved at udnytte sine bevarede rettigheder eller rettigheder til et andet værk, mens erhververen lider eller risikerer at lide store tab, bør det kunne tillægges vægt ved bedømmelsen af, om loyalitetspligten er overholdt.⁴⁶ Og omvendt – hvis ophavsmandens udnyttelse af værket er meget (økonomisk) vigtig for ham, og udnyttelsen kun (potentielt) i beskedent omfang forringer værdien af erhververens rettigheder, vil det tale for, at loyalitetspligten ikke hindrer ophavsmandens egen udnyttelse. Også andre forhold kan spille ind, herunder hvor store omkostninger erhververen investerer i sin værksudnyttelse.⁴⁷ En anden relevant faktor kan være, i hvilket omfang erhververen faktisk har udnyttet de rettigheder, vedkommende har fået overdraget. Jo mindre de er udnyttet, desto mindre grund er der til at skrue op for loyalitetspligten.⁴⁸

⁴⁶ I en finsk sag (HD 2005:92) havde en musiker indgået en kontrakt med et pladeselskab og indspillet et album. Musikeren skiftede senere kunstnernavn og pladeselskab. Et tredje pladeselskab, som havde erhvervet udgivelsesrettighederne til albummet fra det første selskab, udgav det gamle album samtidig med, at musikeren på sit nye pladeselskab – under sit nye kunstnernavn – udgav singlen: ”*Kylmä kuuma kaunis*”. Albummet blev også udgivet under det nye kunstnernavn, da musikeren havde opnået en betydelig popularitet under dette navn til forskel for det oprindelige. Musikeren krævede dog, at albummet ikke blev udgivet med vedkommendes nye kunstnernavn. Den finske højesteret gav musikeren medhold i, at det stred mod reglerne om kreditering i ophavsretsloven at anvende det nye kunstnernavn. I NIR 2007 s. 183 f. mener *Korhonen*, at den finske højesteret burde være nået til et andet resultat, hvis parternes loyalitetspligt var blevet påberåbt i sagen. I sagen udnyttede musikeren de af sine bevarede rettigheder, som hun slet ikke kunne overdrage, nemlig sine ideelle rettigheder. Flere elementer i sagen gør dog, at *Korhonen* sætter spørgsmålstegn ved, hvor vigtigt det rent faktisk var for musikeren at blive krediteret efter sit gamle kunstnernavn. Pladeselskabet gik muligvis glip af en stor indtjening som følge af at måtte anvende musikerens gamle kunstnernavn, og værdien af pladeselskabets rettigheder blev således forringet. Det ville derfor have været nærliggende at foretage en afvejning af ophavsmandens – måske beskedne – interesse i korrekt kreditering over for pladeselskabets muligt store tab af indtjening.

⁴⁷ Jf. *Rosén*, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 428.

⁴⁸ Jf. *Rosén*, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 444. S. 426 og 428 anser forf. det også for at trække i retning af en skærpelse af en forfatters loyalitetspligt, hvis forlaget har påtaget sig en egentlig udnyttelsespligt i forhold til de overdragne rettigheder. På den anden side har erhververe i vidt omfang en lovbestemt udgivelsespligt, også selvom det ikke er aftalt, jf. ophavsretslovens § 54

6.7. Betalingens størrelse

Omfanget af loyalitetspligten må også være påvirkelig af, hvor meget erhververen betaler ophavsmanden til gengæld for overdragelsen.⁴⁹ Det svækker derfor loyalitetspligten, hvis ikke der er betalt noget. Det kan bl.a. have relevans i forbindelse med overdragelser inden for privatsfæren, hvor den vederlagsfri overdragelse er mere reglen end undtagelsen.⁵⁰ Det samme gælder på sociale medier, hvor brugerne uden vederlag uploader billeder, video og tekst, og hvor materialet efterfølgende tilgås, deles eller bruges på anden måde i henhold til de licensbetingelser, som medierne har fået brugerne til at tiltræde.⁵¹ Typisk er der også tale om simple overdragelser. I forbindelse med vederlagsfri, simple overdragelser vil ophavsmandens efterfølgende aktiviteter typisk kun forringe værdien af erhververens rettigheder i begrænset omfang, og den kendsgerning, at der er tale om gratis overdragelser, trækker i retning af, at der kun skal gælde en meget begrænset loyalitetspligt, om nogen overhovedet.

Eksempel 18: En mand, der gerne vil gøre sig attraktiv på jobmarkedet, opretter en LinkedIn-profil og beder en række af sine tidligere samarbejdspartnere om at skrive anbefalinger af ham på LinkedIn-profilen. En tidligere kollega skriver en lang, rosende anbefaling, hvis blomstrende karakter gør den til et ophavsretligt beskyttet litterært værk. Selve det, at kollegaen uploader anbefalingen, indebærer en simpel licens til, at det, man uploader, kan bruges på LinkedIn. Sidenhen uploader den pågældende kollega en anden anbefaling, der genbruger tekst og blomstrende formuleringer fra den første, på en række andre forbindelsers LinkedIn-profiler. Dette udvander muligvis nok værdien af den første anbefaling. Det siger ikke desto mindre sig selv, at kollegaen ikke har overtrådt nogen loyalitetspligt.

Loyalitetspligten kan også afsvækkes i tilfælde, hvor ophavsmanden overdrager rettigheder mod betaling, men hvor betalingen er så lille, at overdragelsen afspejler et gavemoment.⁵²

Eksempel 19: Et nystartet firma har brug for grafisk assistance til at få lavet hjemmeside og grafisk identitet mv. Pengene er små, så firmaets indehaver får overtalt en ven, der er grafiker, til at hjælpe til gengæld for tre flasker god rødvin og gyldne løfter om muligt fremtidigt samarbejde. Siden genbruger grafikerens visse grafiske løsninger, der minder om dem, han har lavet til firmaet, over for en anden kunde. Det ærgrer indehaveren af firma nr. 1. Spørgsmålet er, om grafikerens har brudt en

og 66 a. Vi er derfor for vores vedkommende ikke overbevist om, at spørgsmålet om udgivelsespligt spiller nogen afgørende rolle for loyalitetspligten. Som en faktor, der kan skærpe loyalitetspligten, fremhæver Rosén også, i hvilket omfang forlæggeren har behov for at kunne arbejde langsigtet og kontinuerligt med et vist værk, jf. s. 428.

⁴⁹ Jf. Rosén, *Förlagsrätt*, Stockholm 1989 s. 428 og 444 m. note 463.

⁵⁰ Eksempelvis fotografen til familiefødselsdagen, som sender sine bedste billeder til fødselaren, der efterfølgende lægger kopier på sociale medier, eller enken efter hobbyfotografen, som indleverer afdødes samling til et museum. Et andet eksempel er, hvis et medlem af en forening skaber ophavsretligt beskyttede værker som led i frivilligt arbejde for foreningen.

⁵¹ Om ophavsret og sociale medier se Sevel Johnsen, NIR 2016 s. 147 ff.

⁵² Jf. Rosén, *Förlagsrätt*, Stockholm 1989 s. 444.

loyalitetspligt over for vedkommende. Vurderingen af det kan givetvis ikke være påvirket af den rent symbolske betaling, grafikerer fik for sit arbejde.

6.8. Tidens gang

Også tidens gang er en relevant faktor ved loyalitetspligtsvurderingen.⁵³ Almindelige rimelighedshensyn vil således trække i retning af, at erhververen ikke ud i al fremtid kan forvente samme grad af loyalitet fra ophavsmanden, som da aftalen blev indgået. Hertil kommer, at værdien af rettighederne til det overdragne værk ofte vil mindskes over tid som følge af markedets udvikling. I de tilfælde vil ophavsmandens mulighed for at forringe værdien af rettighederne, og dermed loyalitetspligten, mindskes tilsvarende.

Hvornår og hvor hurtigt loyalitetspligten aftager i styrke, må bero på en konkret vurdering. Det må bl.a. spille en rolle, om erhververen fortsat aktivt markedsfører værket.⁵⁴

I UfR 1982.4 H (omtalt ovenfor under 5.1) var loyalitetspligten i forlagsaftaler fra 1971-1975 fortsat bestående i 1976, da ophavsmanden i samarbejde med et nyt forlag udsatte bøgerne udgivet på det første forlag for konkurrence. Fra tysk ret se Reichsgerichts afgørelse af 14.01.1928, RGZ 119 s. 408 ff. (Elfenreigen). I sagen, omtalt nedenfor note 55, fandtes det ikke retsstridigt, at en kunstner, som havde overladt retten til eksemplarfremsættelse og spredning af et maleri til en kunstforlægger, 11 år senere overdrog retten til et andet maleri, der lignede det første, til en anden kunstforlægger. Retten udtalte bl.a., at det ikke kunne lades helt ude af betragtning, at der var gået et årti mellem de nævnte begivenheder. Se dommens s. 414, 1. afsnit. Tidsfaktoren tillægges også somme tider betydning i sager om produktetferligning i mulig strid med markedsføringsretten. Se bl.a. UfR 1975.1049 H.

6.9. Retsbruddets karakter. Subjektive forhold hos ophavsmanden

Også subjektive forhold hos ophavsmanden må kunne spille en rolle for loyalitetsbedømmelsen. Hvis ophavsmanden er vidende om, at en bestemt værksudnyttelse fra hans side vil kunne forringe værdien af de overdragne rettigheder, eller ligefrem har til hensigt at forringe den, må loyalitetspligten formentlig være stærkere, end hvis ophavsmanden ikke var klar over, at udnyttelsen af et værk ville forringe værdien af erhververens rettigheder.

Eksempel 20: En forfatter er fast leverandør af rejsebøger til et forlag. På et tidspunkt opstår der uenighed om honoreringen, og for at straffe forlaget og give det en lærestreg udgiver forfatteren en rejsebog, der skader forlagets salg, på eget forlag. Forfatterens afstraffelseshensigt må være en relevant oplysning, når det skal vurderes, om loyalitetspligten er overtrådt.

I U 1982.4 H, omtalt ovenfor 5.1, var ophavsmanden og dennes medkontrahent klar over, at den oprindelige erhverver mente, at udnyttelsen af de nye værker ville påføre de oprindelige værker konkurrence. Det fremgår dog hverken af Landsrettens eller Højesterets dom, om dette er blevet tillagt vægt.

⁵³ Jf. Rosén, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 440.

⁵⁴ Jf. Rosén, Förlagsrätt, Stockholm 1989 anf. sted.

6.10. Almene hensyn

Loyalitetspligten skal generelt afvejes i forhold til almene samfundshensyn som informationsfrihed, ytringsfrihed og fri konkurrence og erhvervsudøvelse.⁵⁵ I konkrete tilfælde må det formentlig kunne påvirke loyalitetspligtsvurderingen.

Eksempel 21: En fremtrædende landspolitiker udgiver en politisk debatbog om problemer i velfærdsstaten på et stort forlag. Efter nogle år udgiver han en anden bog om samme overordnede emne på et andet forlag. Begge bøgerne anses for væsentlige indlæg i samfundsdebatten. Det kan ikke udelukkes, at udgivelsen af bog nr. 2 skader salget af bog nr. 1, og spørgsmålet er, om politikerens har krænket loyalitetspligten. Det er et grundretligt dogme, at ytringer om politiske og samfundsrelevante emner nyder en særligt vidtstrakt ytringsfrihedsbeskyttelse.⁵⁶ Det er derfor nærliggende at se bøgernes politiske samfundsrelevans som en faktor, der alt andet lige trækker i retning af, at loyalitetspligten ikke er overtrådt. Det samme argument ville blive endnu stærkere, hvis det første forlag i flere år afstod fra at udgive debatbogen – uden at politikerens kunne hjemtage rettighederne.

6.11. Tidspunktet for bedømmelsen

Bedømmelsen af, om ophavsmandens udnyttelse forringer værdien af erhververens rettigheder, sådan så loyalitetspligten er overtrådt, må som naturligt udgangspunkt fokusere på forholdene på det tidspunkt, hvor ophavsmanden foretager udnyttelsen.

Det hører imidlertid ikke til sjældenhederne, at markedet, konkurrencesituationen og erhververens særlige forhold udvikler sig over tid. Det vil kunne betyde, at ophavsmandens værksudnyttelse kan gå fra ikke at påvirke værdien af erhververens rettigheder til det modsatte. Hvis loyalitetsvurderingen udelukkende skulle foretages på tidspunktet for ophavsmandens nye udnyt-

⁵⁵ Se hertil *Rosén*, Förlagsrätt, Stockholm 1989 s. 430 og 444 f. Sidstnævnte sted anses det for en generel regel, at en forfatter altid har ret til at skrive om samme ”emne”, som han tidligere har beskæftiget sig med. Som beskrevet s. 430 er det tilsvarende fast antaget i tysk ret, at loyalitetspligter ikke bør kunne hæmme ophavsmænd i deres litterære, kunstneriske eller videnskabelige gerning. Se f.eks. *Schricker (red.)*, Verlagsrecht, München 2001, kommentaren til § 2, afsnit II.3, kommentar 8. Det hedder her, at den ”indholdsmæssige kerne” i videnskabelige teser og læresetninger mv. er frie, og at en forfatter til en kort lærebog, medmindre andet er aftalt, derfor er berettiget til at udgive en større fremstilling vedr. samme emner. Se også Reichsgerichts afgørelse af 14.01.1928, RGZ 119 s. 408 ff. (Elfenreigen). I sagen havde en kunstner overladt retten til eksemplar fremstilling og spredning af et maleri ”Elfenreigen” til en kunstforlægger, hvorpå han 11 år senere overdrog retten til et andet maleri ”Blumenreigen”, der mindede om det første, til en anden kunstforlægger. Det fandtes ikke at stride mod malerens forpligtelser over for forlægger nr. 1. Retten udtalte i den forbindelse bl.a., at man kun beskytter billeders konkrete form, ikke deres genre, og at det står kunstnere frit for at benytte sig af ubeskyttelige bestanddele og fremgangsmåder, herunder motiv, teknisk behandling, stil mm. Se nærmere rettens redegørelser (som det er svært at oversætte direkte og mundret) s. 413 nederst fortsættende til s. 414.

⁵⁶ Jf. udførligt *Bruun Andersen*, Ophavsret og ytringsfrihed, Kbh. 2018 (gratis e-bogsversion på www.ubva.dk under ”Publikationer”), *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, 4. udg. 2015 s. 301 ff.

telse, kunne det i visse tilfælde medføre, at den residuale udnyttelsesret,⁵⁷ som ophavsmanden havde ved aftalens indgåelse, er formindsket eller helt væk. Somme tider vil ophavsmanden imidlertid have fastsat størrelsen af betalingen for de overdragne rettigheder på baggrund af sin mulighed for selv at udnytte de bevarede rettigheder. Det kan i den slags tilfælde forekomme urimeligt, hvis ophavsmandens muligheder for at råde formindskes efter aftalens indgåelse, navnlig hvis indskrænkningen beror på faktorer, som ophavsmanden ikke har indflydelse på.

Efter vores mening må det derfor antages, at vurderingen af, hvad erhververens interesser tilsiger, skal tage udgangspunkt i forholdene på overdragelsestidspunktet. Herudover må det efter vores mening desuden være et yderligere krav, at ophavsmandens udnyttelse også faktisk forringer værdien af erhververens rettigheder på det senere tidspunkt, hvor udnyttelsen iværksættes. Sagt på en anden måde kan ophavsmandens iværksættelse af udnyttelseshandlinger kun anses for at være i strid med loyalitetspligten, hvis de *både* forringer værdien af erhververens rettigheder på det tidspunkt, hvor ophavsmanden foretager dem, og gjorde det, da ophavsmanden overdrog rettighederne.

Eksempel 22: En faglig organisation har forskellige informationsartikler om faglige spørgsmål liggende frit på sin hjemmeside. En journalist leverer mod betaling et antal informationsartikler til hjemmesiden. Aftalen mellem journalisten og organisationen må forstås sådan, så organisationen får en eksklusiv licens til at bringe artiklerne på hjemmesiden, mens retten til f.eks. publikation i bogform og leksika mm. bliver hos journalisten. Efterfølgende beslutter organisationen at flytte den del af hjemmesiden, hvor informationsartiklerne ligger, ind på en lukket del af siden, som kun medlemmer har adgang til, som en del af organisationens servicering af medlemmerne. Spørgsmålet er, om loyalitetspligten så afskærer journalisten fra at udgive artiklen i bogform ud fra den betragtning, at det vil gøre organisationens medlemstilbud mindre attraktive. På det tidspunkt, hvor journalisten overdrog rettighederne til organisationen, var det praksis, at informationsartiklerne lå frit på nettet, sådan så udgivelse i bogform mm. ikke var generende for organisationen. Efter vores opfattelse bør der derfor være en formodning for, at det ikke er i strid med journalistens loyalitetspligt at udgive artiklerne i bogform, heller ikke selvom det sker, efter at de er blevet lagt på den lukkede del af organisationens hjemmeside, og selvom bogudgivelsen måtte være økonomisk generende for organisationen efter en aktuel bedømmelse.

7. Loyalitetspligten i videreoverdragelses-situationer

De tidligere beskrevne afsnit har vedrørt den situation, at en ophavsmand har overdraget ophavsrettigheder til en erhverver. Spørgsmålet har derefter været, i hvilket omfang ophavsmandens loyalitetspligt afskærer ophavsmanden fra selv at udnytte rettigheder, som ikke er omfattet af overdragelsen.

I visse tilfælde kan det herudover være et relevant spørgsmål, hvad der sker med ophavsmandens loyalitetspligt over for erhververen i tilfælde, hvor

⁵⁷ De udnyttelser, som ophavsmanden kan foretage uden at være i konflikt med erhververens forbudsret eller loyalitetspligten.

ophavsmanden, erhververen eller dem begge *overdrager deres rettigheder og/eller forpligtelser ifølge kontrakten til andre.*

Spørgsmålet er relevant i flere typer af tilfælde:

For det første i situationer, hvor en ophavsmand, der har overdraget rettigheder til en erhverver, *videreoverdrager sine rettigheder og forpligtelser efter kontrakten til en anden.* Man kan her spørge, om denne anden så også overtager ophavsmandens loyalitetspligt over for den første erhverver. Se nærmere nedenfor under punkt 7.1. og 7.2.

For det andet i tilfælde, hvor en ophavsmand har overdraget visse rettigheder til et værk til *én erhverver, hvorpå erhververen videreoverdrager rettighederne til en ny erhverver.* Det kan her være et spørgsmål, i hvilket omfang ophavsmanden har en loyalitetspligt i forhold til erhverver nr. 2. Se nærmere nedenfor under punkt 7.3.

For det tredje i situationer, hvor en ophavsmand, der har overdraget rettigheder til en erhverver, *videreoverdrager ikke-overdragne dele af ophavsretten til en anden.* Man kan her bl.a. spørge, i hvilket omfang denne anden skal respektere ophavsmandens loyalitetspligt over for den første erhverver, og i hvilket omfang erhververen ellers kan rejse krav over for ophavsmanden, den nye erhverver eller dem begge. Se nærmere nedenfor under punkt 7.4.

7.1. Ophavsmandens overdragelse af sine rettigheder og forpligtelser til andre

En ophavsmand, der har overdraget rettigheder til en erhverver, *videreoverdrager somme tider sine rettigheder og forpligtelser efter kontrakten til andre.* Det er så spørgsmålet, om denne anden så også overtager ophavsmandens loyalitetspligt over for den første erhverver.

Det er et almindeligt obligationsretligt princip, at debitorskifte som udgangspunkt kræver kreditors samtykke.⁵⁸ Det gælder også i forbindelse med aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder. Hvis en ophavsmand ved aftale forpligter sig til at levere et beskyttet værk til en erhverver, som skal have del i rettighederne til det, kan ophavsmanden derfor som udgangspunkt ikke give opgaven videre til en anden ophavsmand, medmindre det er i orden med erhververen.

I visse tilfælde kan muligheden for debitorskifte fremgå udtrykkeligt af kontrakten mellem ophavsmanden og erhververen. Forlagsaftaler om faglitteratur indeholder f.eks. ofte bestemmelser om, at forlaget kan beslutte, at der skal udgives nye, opdaterede udgaver i fremtiden, og at der, hvis ikke forfatteren kan påtage sig at medvirke, skal ske udpegning af en ny forfatter, der kan stå for den nye udgave.⁵⁹ Hvis forlaget er tilstrækkelig professionelt, vil det i den slags tilfælde sørge for at få indgået en separat aftale med den nye forfatter samt for at få klarlagt, i hvilket omfang den oprindelige forfatter fortsat skal have royalties, efter at der er kommet en ny forfatter på. Ofte vil man vælge gradvist at udfase den tidligere forfatter. På den måde kan lærebøger overleve fra gene-

⁵⁸ Jf. nærmere *von Eyben/Mortensen/Sørensen*, Lærebog i obligationsret 2, Kbh. 2014 s. 17 f.

⁵⁹ Se nærmere *Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen*, Immaterialret, Kbh. 2018 s. 636.

ration til generation. Det er imidlertid ikke altid, at der indgås udtrykkelige aftaler. Ofte er der kun mere stiltiende aftaler at holde sig til.

Eksempel 23: En universitetsansat lærebogsforfatter skal opdatere en lærebog, men i stedet for selv at stå 100 % for det overlader han visse afsnit til en stræbsom ung kollega til gengæld for en passende taksigelse i forordet. I hvilket præcist omfang kollegaen overdrager rettigheder til forlaget, vil typisk ikke være udtrykkeligt aftalt mellem nogen af parterne. Normalt vil det kun ligge i luften, dels at forlaget får samme rettigheder til kollegaens afsnit, som det har til den egentlige lærebogsforfatter, og dels at kollegaen må nøjes med taksigelsen uden at få del i royaltien. Afvigelser kan forekomme, men ovenstående er et helt sædvanligt scenario. I tilfælde som det sker der reelt en form for ophavsretligt debtorskifte, hvor visse af ophavsmandens forpligtelser over for forlaget videredelegeres til en anden ophavsmand.

Det er i den slags tilfælde et spørgsmål, i hvilket omfang ophavsmand nr. 2 påtager sig en loyalitetspligt over for erhververen. I eksemplet ovenfor kan man f.eks. spørge, i hvilket omfang den unge kollega påtager sig en loyalitetspligt over for forlaget, sådan så han eller hun afskærer sig fra at udgive bøger, der konkurrerer med den, vedkommende har bidraget til. Det afgørende er i princippet en fortolkning af den – evt. stiltiende – aftale, der er indgået mellem ophavsmand nr. 2 og erhververen, med inddragelse af de momenter, der er nævnt ovenfor 6. I tilfælde, hvor den nye ophavsmand helt skal erstatte den tidligere og have del i betalingen, og hvor der er indgået en formel aftale mellem den nye ophavsmand og erhververen, vil ophavsmand nr. 2 normalt have samme loyalitetspligt som den oprindelige ophavsmand. Heraf vil bl.a. følge, at ophavsmand nr. 2 som udgangspunkt skal afstå fra adfærd, der forringer værdien af erhververens rettigheder, herunder udgivelse af nye værker, der skader salget af det første. Hvis der derimod er tale om en mere løs medvirken uden betaling, vil tingene kunne stille sig anderledes. Hvis en ung universitetsforsker som i eksempel 23 gratis skriver 2 sider til en lærebog, og stiltiende giver forlaget en udgivelsesret, er det f.eks. oplagt, at vedkommende ikke dermed har forpligtet sig til ikke at udgive konkurrerende udgivelser på andre forlag.

7.2. Overdragelse ved arv

En anden form for debtorskifte sker, når ophavsrettigheder falder i arv fra ophavsmanden til arvinger. Det følger af almindelige arveretlige grundprincipper, at rent ”personlige rettigheder” ikke falder i arv, og at ophavsmandens ”personlige forpligtelser”, f.eks. arbejdsforpligtelser, bortfalder ved dødsfaldet.⁶⁰ Ophavsrettigheder anses imidlertid ikke for personlige i arveretlig forstand, og det følger derimod af ophavsretslovens § 61, stk. 1, at ophavsrettigheder falder i arv i henhold til arvelovgivningens almindelige regler. Det er samtidig en naturlig juridisk grundsætning, at arvinger normalt ikke får bedre ret end arveladeren. I de tilfælde, hvor ophavsmanden har overdraget visse

⁶⁰ Jf. nærmere *Feldthusen/Lund Andersen/Nielsen, Arveretten*, Kbh. 2018 s. 50 f.

dele af sin ophavsret til andre og i den forbindelse påtaget sig visse undladelsespligter over for erhververen, skal disse forpligtelser derfor som udgangspunkt respekteres af arvingerne. De kan derimod ikke undslå sig ved at henvise til, at de kun har arvet rettighederne ifølge kontrakten, mens forpligtelserne er personlige og bortfaldet.

Eksempel 24: En forfatter giver et forlag eneret til at udgive et manuskript i bogform. Det følger af kontrakten, at forfatteren har krav på 20 % i royalty, og at forlaget i tilfælde af forfatterens død kan udpege en anden til at fortsætte værket. Hvis forfatteren dør, og hans ophavsrettigheder falder i arv, vil forfatterens forpligtelser ifølge kontrakten skulle respekteres af hans arvinger. Det vil indebære, at arvingerne ikke vil kunne overdrage udgivelsesretten til andre forlag, fordi det vil stride mod forlagets eneret. Desuden må de respektere, hvis forlaget sætter en ny forfatter til at videreføre bogen.

Som udgangspunkt skal arvingerne altså respektere ophavsmandens forpligtelser. Spørgsmålet er, i hvilket omfang det også gælder i forhold til den loyalitetspligt, som påhviler ophavsmanden i forhold til erhververe.

Umiddelbart er det nærliggende at mene, at arvingerne altid skal respektere loyalitetspligten fuldt ud. Det kan imidlertid ikke antages. Der må nemlig være tilfælde, hvor en fornuftig fortolkning af kontrakten mellem ophavsmanden og erhververen fører til, at visse rettigheder og/eller forpligtelser kun er relevante for ophavsmanden personligt.

Forlagsaftaler om digital faglitteratur kan f.eks. udtale, at forfatteren har krav på at foretage digital opdatering så og så mange gange om året. En sådan klausul vil afspejle den antagelse, at forfatteren er ekspert på området og derfor kvalificeret til at foretage opdateringerne. Det kan derfor ikke antages, at ophavsmandens opdateringsret uden videre falder i arv til arvinger, der ikke er fagligt kvalificerede til at foretage opdateringen. Man må tværtimod forstå selve kontrakten på den måde, at ophavsmandens opdateringsret er personlig med den følge, at den ikke falder i arv.

Tilsvarende betragtninger må kunne føre til, at der er tilfælde, hvor ophavsmandens loyalitetspligt ikke uden videre går videre til arvingerne. Spørgsmålet må afhænge af en rimelig, afbalanceret tolkning af retsforholdet mellem ophavsmanden og erhververen. Man må i den forbindelse kunne nå frem til, at visse dele af ophavsmandens loyalitetsforpligtelser går videre til arvingerne, mens andre ikke nødvendigvis gør det på samme måde. Vurderingen må tage udgangspunkt i, om erhververen med rimelighed kunne regne med, at de relevante loyalitetspligter ville overgå til ophavsmandens arvinger. I den forbindelse må det spille en rolle, i hvilket omfang et bekræftende svar vil indskrænke arvingernes ytrings- og bevægelsesfrihed på en urimelig måde. Det vil formentlig normalt lede til, at arvinger ikke er afskåret fra at udgive egne, selvskabte værker, selvom de forringer værdien af erhververens rettigheder.

Eksempel 25: A er forfatter til en række bøger om et bestemt faglitterært emne. Udgivelsen er sket på et forlag X. A har loyalitetspligt over for sidstnævnte. Derefter dør A, og alle hans rettigheder falder i arv til hans søn B. Denne er også faglitteratur.

terær forfatter inden for samme emne som A, men udgiver sine bøger på et andet forlag Z. Det kan ikke antages, at B arver As loyalitetsforpligtelser med den følge, at B efter As død er indskrænket i sine handlemuligheder på samme måde som A, sådan så han er afskåret fra fortsat publikation af egne bøger på forlag Z. Tværtimod må en rimelig tolkning af retsforholdet mellem A og X lede til, at den del af relevante del af loyalitetspligten er personlig i den forstand, at den ikke binder B.

Derimod vil arvingerne formentlig være afskåret fra at udnytte det oprindelige værk gennem udnyttelsesformer, som arveladeren selv var afskåret fra at udnytte som følge af loyalitetspligten.

Eksempel 26: Forfatteren A har overdraget retten til udgivelse af et værk på tryk til forlaget X, men selv beholdt e-bogsrettighederne. As loyalitetspligt over for X bevirker, at A ikke selv kan udnytte e-bogsrettighederne uden samtykke fra X. Derefter dør A, og alle As rettigheder arves af hans søn B. Spørgsmålet er herefter, om B er berettiget til at overdrage e-bogsrettighederne til forlaget C. Det spørgsmål må formentlig besvares benægtende ud fra den betragtning, at den del af As loyalitetspligt, der afskar ham fra e-bogsudgivelse, er gået videre til B.

7.3. Erhververens videreoverdragelse til andre

Hvis en ophavsmand har overdraget visse rettigheder til et værk til *én* erhverver, *hvorpå* erhververen videreoverdrager rettighederne til en ny erhverver, er spørgsmålet, i hvilket omfang ophavsmanden har en loyalitetspligt i forhold til erhverver nr. 2. Som eksempel kan nævnes, at et forlag videreoverdrager sine ophavsrettigheder til et andet forlag, evt. som led i en fusion. Det er her et spørgsmål, i hvilket omfang ophavsmanden har loyalitetspligt i forhold til det nye forlag.

Erhververe kan kun videreoverdrage ophavsrettigheder, hvis det enten er aftalt med ophavsmanden, at rettighederne kan videreoverdrages, eller hvis muligheden for videreoverdragelse er "sædvanlig eller åbenbart forudsat", jf. ophavsretslovens § 56, stk. 2. Det antages bl.a., at hvis en forfatter giver en filmproducent ret til at filmatisere et manuskript, kan producenten give biografen lov til at vise filmen, selvom det sådan set indebærer en slags videreoverdragelse af rettigheder.⁶¹ Med støtte i ophavsretslovens forarbejder antages det desuden, at rettigheder kan videreoverdrages uden udtrykkelig aftale, hvis videreoverdragelsen sker som led i en virksomhedsoverdragelse, f.eks. hvis et forlag fusionerer med et andet. Ophavsmanden kan dog i den slags tilfælde modsætte sig overdragelsen, hvis den vil skade ham væsentligt, f.eks. hvis der er tale om spekulation i konkurs o.l.

Det er i den slags tilfælde et spørgsmål, i hvilket omfang ophavsmanden har loyalitetspligt over for den nye erhverver, herunder om ophavsmandens eventuelle loyalitetspligt kan være mere eller mindre vidtgående end den, der påhvilede ham over for erhverver nr. 1.

Eksempel 27: En forfatter overdrager retten til at udgive en krimi i bogform til et forlag A, der udgiver skønlitteratur. Siden bliver forlaget opkøbt af en medie-

⁶¹ Se *Schonning*, Ophavsretsloven med kommentarer, Kbh. 2016 s. 567.

koncern B, der ikke alene driver forlagsvirksomhed, men også producerer film og tv-udsendelser. Forfatteren modtager en henvendelse fra en anden tv-produktionsvirksomhed C, der gerne vil indspille en tv-serie på baggrund af romanen. En sådan tv-serie ville ikke genere forlag A, så hvis forfatteren siger ja, vil det ikke stride mod den loyalitetspligt, som forfatteren påtog sig over for forlag A. Derimod vil tv-serien evt. kunne genere mediekoncernen C, hvis tv-serien konkurrerer med de tv-serier, som den producerer. Det er derfor et spørgsmål, i hvilket omfang forfatteren er afskåret fra lade produktionsvirksomheden C lave tv-serien p.g.a. den loyalitetspligt, som forfatteren måtte have i forhold til B.

Hvis videreoverdragelsen sker i henhold til en aftale med ophavsmanden, er det selvfølgelig først og fremmest afgørende, om der evt. kan udledes et svar af aftalen. Hvis ikke der kan udledes noget af den – eller hvis videreoverdragelsen er lovlig uden aftale i medfør af ophavsretslovens § 56, stk. 2, fordi den sker som led i en fusion el.lign. – må man efter vores opfattelse tage udgangspunkt i principper beslægtet med dem, der regulerer det tidspunkt, der skal lægges til grund ved loyalitetspligtsvurderingen, jf. ovenfor 6.11. Heraf følger, at der er en formodning imod, at en ophavsmands loyalitetspligt over for en ny erhverver kan være mere vidtgående end den, der påhviler ophavsmanden over for erhverver nr. 1. I eksemplet ovenfor vil det betyde, at forfatteren er berettiget til at tillade produktionsvirksomheden C at indspille krimien som tv-serie, uanset om det måtte være generende for mediekoncernen B.

7.4. Ophavsmanden overdrager ikke-overdragne dele af ophavsretten til andre

Det er endelig et spørgsmål, hvad der gælder i tilfælde, hvor en ophavsmand, der har overdraget visse dele af ophavsretten til én erhverver, *overdrager andre dele af ophavsretten til en anden erhverver*. Spørgsmålet er i den slags tilfælde, i hvilket omfang denne anden skal respektere ophavsmandens loyalitetspligt over for den første erhverver.

7.4.1. Tilfælde bortset fra kollektiv rettighedsforvaltning

Hvis en ophavsmand først overdrager sin ophavsret til en erhverver, hvorpå ophavsmanden overdrager den samme ret én gang til til en anden erhverver, vil den aktivitet, som erhverver nr. 2 måtte udføre i henhold til overdragelsen, indebære en krænkelse af den ophavsret, der er overdraget til erhverver nr. 1. Som eksempel kan nævnes, at hvis en forfatter overdrager retten til at udgive en bog til et forlag, hvorpå forfatteren også overdrager udgivelsesretten til et andet forlag, vil forlag nr. 2's bogudgivelse krænke forlag nr. 1's ophavsret. Se ovenfor 4.

Situationen er en anden i de tilfælde, der beskrives her i afsnit 7.4.1. Her sker der det, at ophavsmanden først overdrager *visse dele* af sin ophavsret til én erhverver, hvorpå ophavsmanden overdrager *andre dele* af ophavsretten til en anden erhverver i strid med loyalitetspligten. Nogle situationer, hvor det er relevant, er beskrevet ovenfor afsnit 5. Som dér nævnt kan det f.eks. stride mod loyalitetspligten, hvis en ophavsmand, der har overdraget retten til at

udgive en bog på tryk til et forlag, overdrager retten til udgivelse som e-bog til et andet forlag, hvis e-bogsudgivelsen skader salget af den trykte bog. Som behandlet i afsnit 5 kan erhververen i den slags tilfælde somme tider skride ind over for ophavsmanden med henvisning til, at loyalitetspligten er overtrådt. Spørgsmålet er imidlertid, om erhververen i den slags tilfælde *også kan skride ind over for erhverver nr. 2*.

Svaret må i visse tilfælde antages at være ja. Det er nemlig et obligationsretligt grundprincip, at personer, der hjælper andre med deres kontraktsbrud, kan ifalde ansvar i medfør af regler om erstatning uden for kontraktsforhold.⁶² Hvis A medvirker til, at B bryder en kontrakt med C, kan A med andre ord være erstatningsansvarlig over for C. Det må være en betingelse, at den pågældende tredjemand har udvist culpa af en vis grovhed. Det må bl.a. antages at være opfyldt, hvis tredjemanden har medvirket til kontraktsbruddet i den hensigt at skade den, som kontrakten brydes over for,⁶³ eller hvis han har overtalt den, der har begået kontraktsbruddet, til at begå det.⁶⁴

Eksempel 28: En forfatter udgiver en bog på tryk på et forlag, men beholder selv e-bogsrettighederne. Forfatterens loyalitetspligt over for forlaget hindrer dog forfatteren i at udnytte de sidstnævnte. Et konkurrerende forlag henvender sig til forfatteren og overtaler ham til ikke desto mindre at lade det udgive bogen digitalt, bl.a. i det fromme håb at skade det første forlag. Det er her nærliggende at antage, at forlag nr. 2 er selvstændigt ansvarligt over for forlag nr. 1.

Derimod er tredjemanden ikke ansvarlig, hvis han eller hun hverken forstår eller burde forstå, at vedkommende medvirker til kontraktsbruddet.

Som nævnt hos *Iversen*, anf. sted. vil det også kunne bevirke ansvar, hvis ens medvirken til andres kontraktsbrud har en karakter, som får ens adfærd til at stride mod god markedsføringsetik.

Eksempel 29: En tøjdesigner overdrager alle rettigheder til en ophavsretligt beskyttet modetrøje til en tøjproducent. Det fremgår af kontrakten, at det, der overdrages, kun er de rettigheder, der knytter sig til den ganske bestemte trøje, det handler om. Derefter overdrager designeren rettighederne til en anden trøje, der ligner den første uden at være magen til den, til en anden tøjproducent, i strid med den loyalitetspligt, som påhviler vedkommende over for tøjproducent nr. 1. Da der ikke sker krænkelse af den ophavsret, som designeren har overdraget til tøjproducent nr. 1, kan sidstnævnte ikke få tøjproducent nr. 2 dømt for ophavsretskrænkelse. Hvis trøje nr. 2 ligner trøje nr. 1 så meget, at der er snyltende forvekslingsrisiko mv., vil tøjproducent nr. 1 imidlertid kunne skride ind over for tøjproducent nr. 2 i medfør af markedsføringsretlige principper om produktetfærligheder.

I retspraksis er de principper, der beskrives her, bl.a. anvendt i UfR 1982.4 H, refereret ovenfor 5.1. I sagen havde en forfatter givet et forlag ret til at udgive

⁶² Se nærmere *Iversen*, *Obligationsret 2*, Kbh. 2019 s. 218 f. med henvisninger og *Ussing*, *Dansk obligationsret*, almindelig del, Kbh. 1946 s. 547 f.

⁶³ Jf. *Ussing*, anf. sted.

⁶⁴ Jf. *Iversen*, anf. sted.

slankebøger, hvorpå han i strid med loyalitetspligten udgav nogle andre slankebøger på et andet forlag. Dette andet forlag blev anset for erstatningsansvarligt i forhold til det første forlag. Landsretten henviste til, at forlag nr. 2 måtte antages at have været klar over forfatterens loyalitetsforpligtelse over for forlag nr. 1 og dermed var erstatningsansvarlig for sin medvirken til retsbruddet. Højesteret tiltrådte resultatet i henhold til grundene.

7.4.2. Rettighedsforvaltning

Det er desuden et praktisk relevant spørgsmål, om en erhverver af ophavsrettigheder kan gøre den loyalitetspligt, der påhviler ophavsmanden, gældende i tilfælde, hvor den aktivitet, som erhververen måtte anse for illoyal, er udøvet af nogen, *der forvalter ophavsrettigheder på ophavsmandens vegne*. Som eksempel kan nævnes: En ophavsmand overlader visse udnyttelsesrettigheder til et værk til en erhverver. Dermed påtager ophavsmanden sig en loyalitetspligt over for erhververen, hvilket betyder, at ophavsmanden ikke må udnytte rettigheder, som ikke er overdraget til erhververen, på en måde, der forringer værdien af vedkommendes rettigheder. Derefter overlader ophavsmanden det til en fuldmægtig at forvalte visse rettigheder, som ikke er overdraget til den første erhverver. Hvis fuldmægtigen derefter forvalter rettighederne på en måde, der er til gene for den oprindelige erhverver, opstår der to spørgsmål. Dels om erhververen kan rejse krav mod ophavsmanden, dels om han kan rejse krav over for fuldmægtigen.

Fuldmægtige indgår pr. definition aftaler på andres vegne. Hvis A overlader det til sin fuldmægtig B at indgå en aftale med C, vil aftaleparterne være A og C. Som udgangspunkt må svaret på de ovennævnte spørgsmål derfor principielt være, at erhververen kan gøre loyalitetspligten gældende over for ophavsmanden, men ikke fuldmægtigen. Hvis fuldmægtigens adfærd har været direkte culpøs, kan der desuden måske være tilfælde, hvor erhververen kan rejse et erstatningskrav over for fuldmægtigen i medfør af regler om erstatning uden for kontraktsforhold, jf. nærmere forrige afsnit.

Spørgsmålet er imidlertid, om det her anførte kan gælde undtagelsesfrit i alle tilfælde, herunder hvor fuldmægtigen er en forvaltningsorganisation, der foretager systematisk masseudnyttelse af værker på vegne af et stort antal ophavsmænd. Som det vil ses nedenfor, må svaret efter vores mening være nej.

7.4.2.1. Eksempler på forvaltningsorganisationer

Der findes en lang række danske forvaltningsorganisationer. Det juridiske grundlag for deres virksomhed varierer, og det samme gør de loyalitetspligtsrelaterede spørgsmål, man kan stille i relation til dem.

Som nogle illustrative eksempler på forvaltningsorganisationer, der forvalter rettigheder for ophavsmænd, kan nævnes KODA, NCB, Gramex, Copydan-foreningerne og Forfatternes Forvaltningsselskab.⁶⁵

⁶⁵ En oversigt over de danske forvaltningsorganisationer findes i *Plesner Mathiasen/Gormsen/Horn/Montigny*, Lov om kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder, Kbh. 2018 s. 28 ff. Se også

KODA forvalter rettigheder til offentlig fremførelse af musik og tekst på vegne af komponister, tekstforfattere og musikforlag, som er medlemmer af *KODA*. *KODA*s datterselskab *NCB* forvalter samme persongrupperes ret til ”lydfæstning”, dvs. indspilning.

Gramex forvalter retten til offentlig fremførelse af lydindspilninger på vegne af udøvende kunstnere og fremstillere af lydoptagelser.

Copydan-foreningerne omfatter bl.a. *Copydan Tekst & Node* (tekster og noder), *Copydan VISDA* (tidligere *Copydan Billeder*, endnu tidligere *Copydan Billedkunst*) (billedkunst og fotografier), *Copydan Verdens TV* (kabelretransmission mv. af radio/tv-udsendelser), *Copydan AVU-medier* (brug af audiovisuelle værker i undervisning mv.) og *Copydan Arkiv* (digitalisering af DRs arkiv).

Forfatternes Forvaltningsselskab forvalter forskellige typer af rettigheder for danske forfattere, herunder retten til offentlig oplæsning på biblioteker m.fl. steder. Det ventes, at selskabet i fremtiden også i et vist omfang vil indgå aftaler om digitalisering af tekster i tilfælde, hvor der ikke er nogen forlagsrettigheder, der skal klareres.

Det gælder for alle de nævnte forvaltningsselskaber, at deres virksomhed i større eller mindre grad er baseret på fuldmagter fra medlemmerne:

*KODA*s virksomhed hviler på individuelle fuldmagter, som medlemmerne afgiver ved indmeldelsen, og som også omfatter *NCB*.

Størstedelen af *Gramex*’ aktiviteter sker på baggrund af tvangslicensreglen i ophavsretslovens § 68. Bestemmelsen betyder, at lydoptagelser kan fremføres offentligt uden tilladelse fra de udøvende kunstnere og pladeselskaberne, uanset disses rettigheder efter §§ 65 og 66, hvis brugerne betaler til en kulturministerielt godkendt fællesorganisation, der repræsenterer både udøvende kunstnere og pladeselskaber. Denne organisation er så *Gramex*. Der er dog traditionelt også visse mindre dele af *Gramex*’ virksomhed, der ikke hviler på § 68-tvangslicensen, men sker i henhold til fuldmagter (”mandater”) fra organisationer, der repræsenterer udøvende kunstnere eller pladeselskaber.

De fem nævnte *Copydan*-foreninger og *Forfatternes Forvaltningsselskab*, derimod, er fællesorganisationer, hvis medlemmer er organisationer af ophavsmand og andre rettighedshavere. Deres virksomhed er baseret på fuldmagter fra medlemsorganisationerne, som igen har fået dem fra deres medlemmer i kraft af bestemmelser i vedtægterne.⁶⁶

Schønning, Ophavsretsloven med kommentarer, Kbh. 2016 s. 78 ff.

⁶⁶ Scenariet er typisk, at en ophavsmand er medlem af en organisation, som derefter er medlem af en *Copydan*-forening/*Forfatternes Forvaltningsselskab*, f.eks. hvis en forfatter er medlem af *Dansk Forfatterforening*, som derefter igen er medlem af *Copydan Tekst & Node*. Der kan dog i visse tilfælde være yderligere mellemlid. På det akademiske område er konstruktionen f.eks., at akademiske forfattere er medlem af en AC-organisation som f.eks. *DJØF* eller *Dansk Magisterforening*, denne organisation er igen medlem af paraplyorganisationen *Akademikerne (AC)*, som igen er medlem af en række *Copydan*-foreninger og *Forfatternes Forvaltningsselskab*. Det er vigtigt for organisationerne at sikre, at alle led i kæden er dækket af den fuldmagt, ophavsmanden giver ved indmeldelsen. Den typiske formulering i AC-organisationernes aktuelle vedtægter er, at ”Medlemmerne overdrager en ikke-eksklusiv ret til [organisationen] til

I de tilfælde, hvor den kollektive forvaltningsvirksomhed hviler på fuldmagter fra rettighedshaverne, kan selskabernes aftaler med deres kunder med Kulturministeriets godkendelse få "aftalelicensvirkning", sådan så de også binder ikke-medlemmer, jf. nærmere ophavsretslovens §§ 50 ff. De aftaler, Copydan Tekst & Node, Copydan VISDA og Copydan AVU-medier indgår med uddannelsesinstitutioner, har f.eks. aftalelicensvirkning, sådan så de klarer rettigheder både for de ophavsmænd, der er medlemmer under Copydan-paraplyen, og for de rettighedshavere, der måtte have fået den beklagelige idé at stå udenfor. På den måde kan uddannelsesinstitutionerne være sikre på at kunne bruge beskyttet stof i undervisningen uden at blive mødt med ophavsretlige krav. I forhold til ophavsmændene skyldes det den fuldmagt, de har afgivet. I forhold til ikke-medlemmerne skyldes det, at Copydans aftaler har aftalelicensvirkning, jf. ophavsretslovens §§ 50 ff.

7.4.2.2. Kan forvaltningsselskabernes virksomhed indebære loyalitetspligtskrænkelser? Relevante eksempler

De danske forvaltningsselskaber omsætter for adskillige milliarder kr. om året og har afgørende økonomisk betydning for de danske rettighedshavere og dermed for dansk kultur. Og et særdeles stort antal ophavsmænd får dele af deres ophavsrettigheder forvaltet af en forvaltningsorganisation. Forfattere får f.eks. deres rettigheder til fotokopiering på skoler og i erhvervsvirksomheder forvaltet af Copydan Tekst & Node, fotografer får retten til brug af deres billeder i forskellige sammenhænge forvaltet af VISDA, skuespillere m.fl. får retten til kabelretransmission af udsendelser, de medvirker i, forvaltet i Copydan Verdens TV, komponister får retten til fremførelse af deres musik forvaltet i KODA etc., etc.

Det er derfor hverdagskost, at en ophavsmand overdrager visse rettigheder til et værk til en erhverver, mens retten til forvaltning af visse andre rettigheder vedr. samme værk overdrages til en forvaltningsorganisation. Og det er derfor et relevant spørgsmål, om erhververen kan skride juridisk ind over for ophavsmanden og/eller forvaltningsorganisationen, hvis sidstnævnte forvalter sine rettigheder på en måde, som erhververen mener er illoyal.

Eksempel 30: I den ovenfor under 5.2 nævnte utrykte byretsdom fra Københavns byret af 05.10.2005 (BS 7D-7344/2004) fandtes en pladekontrakt, der tillod et pladeselskab at udgive bandet "Dodo and the Dodos" musik på LP, musikkassette og CD, ikke også at give pladeselskabet ret til at udgive den online. Retten tilføjede for en sikkerheds skyld, at den ikke derved havde taget stilling til, om Dodo and the Dodos nu selv kunne udgive musikken online uden om pladeselskabet. Online-musikudgivelse har ophavsretligt set karakter af fremførelse og lydfæstning, og de bandmedlemmer, der skrev musik og tekst, får utvivlsomt deres rettigheder til det forvaltet af KODA og NCB. Hvis KODA og NCB tillod et nyt pladeselskab

kollektiv forvaltning af ophavsret i Copydan og andre kollektive forvaltningsorganer. [Organisationen] kan videregive mandatet til de relevante forvaltningsorganer eventuelt via Akademikerne". Se som eksempel DJØFs vedtægter § 5, stk. 2.

at udgive musikken online, og det skadede det oprindelige pladeselskabs cd-salg, ville det derfor være et spørgsmål, om deres oprindelige pladeselskab kunne rejse krav mod Dodo and the Dodos for brud på loyalitetspligten. Desuden ville det være spørgsmålet, om pladeselskabet kunne rejse krav mod KODA og NCB efter regler om erstatning uden for kontraktsforhold.

Eksempel 31: En forfatter giver et forlag eneret til at udgive sin bog. Via sit medlemskab i Dansk Forfatterforening har forfatteren overdraget retten til forvaltning af en række ophavsrettigheder, herunder retten til kopiering på skoler, til Copydan Tekst & Node. Tekst & Nodes kopieringsaftaler med skolerne bevirker, at forlaget sælger færre eksemplarer af den trykte udgave. Det giver anledning til det spørgsmål, om forlaget kan rejse krav mod ophavsmanden og/eller Tekst & Node ud fra den betragtning, at ophavsmanden har brudt sin loyalitetspligt, og at Tekst & Node har påført forlaget et erstatningsberettiget tab efter almindelige erstatningsregler.

Eksempel 32: En forfatter giver et forlag eneret til at udgive sin bog, herunder som lydbog. Via sit medlemskab i Dansk Forfatterforening giver han sidstnævnte ret til forvaltning af visse af sine ophavsrettigheder. Dansk Forfatterforening giver retten til forvaltning af retten til offentlig oplæsning videre til Forfatternes Forvaltningsselskab. Forfatternes Forvaltningsselskab tillader et bibliotek at lade bogen oplæse offentligt og at lægge optagelser af mindre dele af oplæsningen ud på Facebook. Forlaget anser dette for at skade salget af lydbogsudgaven. Spørgsmålet er, om forlaget kan skride ind over for forfatteren og/eller Forfatternes Forvaltningsselskab (eller Dansk Forfatterforening for den sags skyld).

Svaret er efter vores mening følgende:

7.4.2.3. Organisationer, der både repræsenterer forfattere og udgivere, og hvis aftaler har aftalelicensvirkning

I relation til visse organisationer gør der sig det særlige gældende, dels at organisationerne både repræsenterer ophavsmænd og erhververe af ophavsrettigheder (somme tider omtalt som ”udgivere”), og dels at organisationernes aftaler med brugerne har aftalelicensvirkning, sådan så de også binder ikke-medlemmer. Det forholder sig sådan i relation til alle de nævnte Copydan-foreninger bortset fra VISDA, altså Copydan Tekst & Node, Copydan AVU Medier, Copydan Verdens TV og Copydan Arkiv. Copydan Tekst & Node, f.eks., er ikke alene en fællesorganisation for forfatterorganisationerne, men også for forlag og medievirksomheder, herunder foreningerne Danske Forlag og Danske Medier. De forlag og medievirksomheder, som Danske Forlag og Danske Medier repræsenterer, giver Danske Forlag og Danske Medier fuldmagt til at forvalte retten til kopiering på skoler mv., hvorpå Danske Forlag og Danske Medier giver forvaltningsretten videre til Copydan Tekst & Node. På samme måde organiserer Copydan Verdens TV, Copydan AVU-medier og Copydan Arkiv ikke alene ophavsmandsorganisationer, men også producent-organisationer såsom f.eks. pladeselskabernes brancheorganisation IFPI, Producentforeningen m.fl.

I tilfælde, hvor erhververen er medlem af en organisation under en sådan Copydan-forening, må det antages, at Copydan-foreningens aftaler med bru-

gerne indebærer en gyldig dispensation fra loyalitetspligten på erhververens vegne i medfør af den fuldmagt, erhververen har givet organisationen. Og i tilfælde, hvor erhververen ikke er medlem af en organisation under en sådan Copydan-forening, må der gælde det samme, fordi Copydan-foreningens aftaler har aftalelicensvirkning efter ophavsretslovens §§ 50 ff. og dermed også binder ikke-medlemmerne. I den slags tilfælde er loyalitetspligten ikke krænket, og organisationen foretager sig heller ikke noget culpøst, som erhververen kan rejse erstatningskrav for efter regler om erstatning uden for kontraktsforhold. I eksempel 31 må svaret derfor være, at forlaget ikke kan rejse krav hverken mod forfatteren eller Copydan Tekst & Node.

7.4.2.4. Tilfælde, hvor forvaltningen sker i henhold til en tvangslicens

Situationen kan også være den, at en forvaltningsorganisations rettighedsforvaltning sker på baggrund af en *tvangslicens*, dvs. en lovbestemt regel om, at man må bruge beskyttet stof uden tilladelse, men mod betaling. Efter den nugældende danske ophavsretslov er det sådan, det forholder sig, i relation til størstedelen af Gramex' virksomhed. Den er som nævnt baseret på ophavsretslovens § 68, der muliggør offentlig fremførelse af lydindspilninger uden tilladelse fra udøvende kunstnere og pladeselskaber uanset deres rettigheder efter §§ 65-66. Efter Gramex' vedtægter kan udøvende kunstnere ganske vist melde sig ind i Gramex og evt. også ud igen. Men selvom de gør det, opkræver Gramex stadig betaling, når deres indspilninger fremføres offentligt. Opkrævningen sker jo ikke på baggrund af en fuldmagt, men i henhold til § 68.

Det kan ikke antages, at Gramex' forvaltning af fremførelsesrettigheder i henhold til § 68 kan krænke de loyalitetspligter, som de udøvende kunstnere måtte have påtaget sig over for pladeselskaber eller andre medkontrahenter, allerede fordi Gramex' forvaltning efter § 68 ikke sker på baggrund af en overdragelse af rettigheder, men p.g.a. en lovbestemt ordning. Af samme grund kan Gramex' lovhjemlede rettighedsforvaltning ikke være en aktivitet, der giver erhververe ret til erstatning efter regler om erstatning uden for kontraktsforhold.

7.4.2.5. Andre tilfælde

Hvis en ophavsmand overdrager visse ophavsrettigheder til en erhverver, er det et spørgsmål, om det kan krænke loyalitetspligten, hvis ophavsmanden lader visse ikke-overdragne rettigheder forvalte af en kollektiv forvaltningsorganisation. Desuden er det et spørgsmål, om erhververen så evt. kan skride ind direkte over for organisationen i medfør af regler om erstatning uden for kontraktsforhold. Hvis organisationen både repræsenterer ophavsmanden og erhververen, og dens aftaler har aftalelicensvirkning, er svaret nej, jf. ovenfor under punkt 7.4.2.3. Det samme gælder, hvis forvaltningen sker i henhold til en tvangslicens, jf. ovenfor under punkt 7.4.2.4.

Men der kan være situationer, hvor de betingelser ikke er opfyldt. Som eksempel kan nævnes, hvis den relevante forvaltningsorganisation ikke repræsenterer erhververen, og dens forvaltning sker i henhold til en aftale, der ikke

har aftalelicensvirkning. Det kan f.eks. være tilfældet, hvis forvaltningsorganisationen ikke organiserer erhververe. Sådan er det f.eks. med VISDA, Forfatternes Forvaltningsselskab (FFS), KODA og NCB. De to førstnævnte organiserer kun ophavsmænd (for VISDAs vedkommende fotografer og billedkunstnere og for FFS' vedkommende forfattere og oversættere). Og KODA og NCB repræsenterer komponister, tekstforfattere og musikforlag, men ikke andre typer af erhververe såsom pladeselskaber el.lign.

Den argumentation, der findes ovenfor under punkterne 7.4.2.3 og 7.4.2.4 kan derfor ikke bruges i forbindelse med den slags organisationer. Det er derfor et reelt spørgsmål, f.eks. om erhververen, med henvisning til loyalitetspligten, skal kunne skride ind over for ophavsmændene, KODA og Forfatternes Forvaltningsselskab i eksempel 30 og 32.

At der er tale om en reel problemstilling, demonstreres af en norsk voldgifts-afgørelse af 16. juni 1982, refereret i NIR 1985 s. 440 ff. På det tidspunkt indeholdt den norske ophavsretslov ingen hjemmel til aftalelicenser om kopiering på uddannelsesinstitutioner, og til gengæld for kopieringen betalte den norske stat vederlag til en række rettighedshaverorganisationer. Sagen angik, hvordan vederlaget for aviskopiering skulle fordeles mellem journalister, redaktører og avisudgivere, herunder om avisudgiverne burde have del i vederlaget, selvom artiklerne jo var skrevet af journalister og redaktører. Voldgiftsretten fandt, at vederlaget burde fordeles på en måde, så avisudgiverne fik del i det. I den forbindelse henviste retten bl.a. til, at uanset om ophavsretten var overdraget til avisudgiverne, ville den loyalitetspligt, der påhviler arbejdstagere, afskære dem fra selv at tillade artiklerne kopieret på skoler, fordi det ville påføre aviserne konkurrence.

I sagen var der imidlertid ikke tale om, at journalisterne havde overdraget forvaltning af rettigheder til et kollektivt forvaltningsselskab. Og efter vores opfattelse taler tungtvejende grunde for, at kollektiv forvaltning i meget vidt omfang bør være tilladt uanset ophavsmændenes eventuelle loyalitetspligt over for medkontrahenter. I den forbindelse er det så vidt ses væsentligt at være opmærksom på følgende:

For det første, at når en ophavsmand giver et forvaltningsselskab ret til at forvalte sine rettigheder, sker det normalt én gang for alle ved indmeldelsen. Fuldmagten er typisk helt generelt formuleret uden at specificere på en detaljeret, præcis måde, hvilke værksudnyttelsesformer den overdragne forvaltningsret nærmere vedrører. Hertil kommer, at forvaltningsselskaberne løbende udvider og moderniserer deres aftaletilbud, efterhånden som teknologiske og andre forhold gør det naturligt. Når en ophavsmand afgiver en fuldmagt til et forvaltningsselskab, vil vedkommende derfor normalt ikke kunne overskue i detaljer, hvad forvaltningsselskabets forvaltning præcis vil komme til at gå ud på. I forhold til de organisationer, der har karakter af fællesorganisationer, som ophavsmændene ikke direkte er medlemmer af – dvs. her alle andre organisationer end KODA og NCB – er sagen i øvrigt den, at de enkelte ophavsmænd ofte slet ikke er opmærksomme på, at de giver tilladelse til, at deres rettigheder nu forvaltes af en forvaltningsorganisation. Akademikere, der efter lykkeligt

afsluttet eksamen melder sig glade ind i DJØF, Dansk Magisterforening el.lign., vil f.eks. normalt ikke bevidst opfange, at en af de mange paragraffer i vedtægterne giver forbundet ret til at lade medlemmernes ophavsrettigheder forvalte via kollektive forvaltningsorganisationer, herunder Copydan-foreningerne eller Forfatternes Forvaltningsselskab. Og når ophavsmænd får penge fra en Copydan-forening, er det givetvis de færreste, der gennemskuer, at de får dem, fordi de via medlemskab i en organisation har givet den fuldmagt til at forvalte deres rettigheder, hvorpå organisationen har givet forvaltningsretten videre til Copydan-foreningen. Dermed adskiller situationen sig markant fra den, der foreligger i mere traditionelle, ukomplicerede fuldmagtsforhold. Hvis A giver B fuldmagt til at indgå en aftale med C på As vegne, er det en rimelig formodning, at A ved, at B har fuldmagt, og hvad fuldmagten går ud på. Men det er ikke en realistisk beskrivelse i sager, hvor A er en ophavsmand og B en forvaltningsorganisation.

For det andet er det vigtigt at være opmærksom på, at forvaltningsorganisationerne har til opgave at foretage masseklarering af ophavsrettigheder på vegne af tusinder eller hundredtusinder af medlemmer. De forfatterorganisationer, der er medlem under Forfatternes Forvaltningsselskab, organiserer f.eks. flere hundrede tusind ophavsmænd, bl.a. som følge af hovedorganisationen Akademikernes medlemskab. På samme måde repræsenterer KODA ca. 40.000 medlemmer. Allerede derfor kan forvaltningsorganisationerne ikke have nogen præcis viden om, hvilke rettigheder medlemmerne har overdraget til erhververe, eller i hvilket omfang selskabernes rettighedsklarering måtte undergrave værdien af deres rettigheder.

Endelig for det tredje adskiller kollektive forvaltningsorganisationer sig fra mere traditionelle fuldmægtige ved, at deres virksomhed er tæt juridisk reguleret, dels i ophavsretsloven, dels i lov om kollektiv forvaltning af ophavsret. Reguleringen indebærer bl.a., at selskaberne, deres aftaler eller begge dele er undergivet krav om kulturministeriel godkendelse. Desuden adskiller kollektiv rettighedsforvaltning sig fra andre former for fuldmagtsforhold ved forvaltningens enorme samfundsmæssige betydning. Kollektiv rettighedsforvaltning via ophavsretsorganisationer har kolossal betydning for ophavsmænd og andre rettighedshavere p.g.a. de milliardbeløb, de hvert år tilfører de kreative sektorer. De ophavsmænd og udøvende kunstnere, der lever af deres produktion, udgør en lavindkomstgruppe,⁶⁷ og for mange af dem er de penge, de får fra forvaltningsorganisationerne, en vigtig del af deres økonomiske eksistensgrundlag. På samme måde er der mange forlag, pladeselskaber og andre medievirksom-

⁶⁷ Om danske fuldtidsforfatteres økonomi se *Bille/Bertelsen/Bryld Fjællegaard*, Danske forfatteres og oversætteres økonomiske levevilkår, rapport udarbejdet efter opdrag fra Bog- og Litteraturpanelet under Slots- og Kulturstyrelsen 2016 og tilgængelig forskellige steder på nettet. Se også *Anne Mette Reumert Schaltz*, Ophavsrettens betydning for ophavsmændenes økonomi med særligt henblik på udvalgte områder, CIIR-studenterspeciale tilgængeligt på www.jura.ku.dk/ciir/specialer. Om ophavsrettens betydning for forfatterstanden se *Rosenmeier i Porsdam/Koling Nielsen/Rendix (red.)*, Ophavsret og kulturarv: Bidrag til udvikling af kulturarvsjuraen, Kbh. 2015. Artiklen ligger gratis til download på www.jur.ku.dk/mortenrosenmeier under "Publikationer".

heder, som kun har sorte tal på bundlinjen p.g.a. de midler, de modtager fra de ophavsretlige forvaltningsorganisationer. Dermed har de en helt afgørende betydning for produktionen af bøger, film og musik mm. og dermed for dansk kultur. Kollektiv rettighedsforvaltning har også stor betydning for samfundet, fordi den gør det muligt for brugere at få let og uhindret adgang til enorme repertoarer af bøger, musik mm. Det giver forvaltningsselskaberne en enorm samfundsmæssig værdi. Der er derfor grund til at administrere reglerne om ophavsretlig loyalitetspligt på en måde, der ikke er egnet til at spænde ben for deres virksomhed. Efter vores opfattelse bør man derfor være særdeles tilbageholdende med at tillade erhververe at skride ind over for ophavsmænd og forvaltningsselskaber i tilfælde som dem, der beskrives ovenfor.

Det forekommer, at spørgsmålene undgås p.g.a. de kontrakter, der indgås mellem ophavsmanden og erhververen. Hvis der f.eks. står i en aftale mellem en forfatter og et forlag, at aftalen respekterer ophavsmandens mulighed for rettighedsoverdragelse via Copydan, er der allerede derfor ikke noget loyalitetspligtsproblem.

I nogle tilfælde er de her behandlede spørgsmål desuden uden betydning, fordi forholdet er det, at erhververen ligger inde med selvstændige immateriale rettigheder, som gør det muligt for ham at skride ind over for både ophavsmanden, forvaltningsselskabet og dets kunder, uden at loyalitetspligten eller reglerne om erstatning i kontraktsforhold er inde i billedet. I Dodo and the Dodos-eksemplet (eksempel 30 ovenfor) havde det oprindelige pladeselskab f.eks. producentbeskyttelse af den oprindelige indspilning efter ophavsretslovens § 66. Hvis Dodo and The Dodos, med KODA og NCBs mellemkomst, tillod andre at udgive den oprindelige indspilning online, ville pladeselskabet derfor kunne skride ind over for det efter § 66. Der er imidlertid også en række tilfælde, hvor erhververen kun har loyalitetspligten at holde sig til. I den slags tilfælde har de ovenfor diskuteret spørgsmål en reel betydning.